



ESTUDOS DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

O Estado da Arte

Coleção Estudos Jurídicos – Mestrado em Direito Administrativo

Coordenação Científica: Isabel Celeste M. Fonseca

BRAGA, JUNHO | 2019

FICHA TÉCNICA

Título: Estudos de Conciliação, Mediação e Arbitragem – O Estado da Arte

Subtítulo: Coleção Estudos Jurídicos – Mestrado em Direito Administrativo

Coordenação Científica: Isabel Celeste M. Fonseca

Autores: Bárbara Magalhães Bravo | Cláudia Sofia Melo Figueiras
Isabel Celeste M. Fonseca | Marta García Pérez
Tânia Carvalhais Pereira

Colaboração: João Vilas Boas Pinto

Data: junho de 2019

Edição e apoio: NEDip – Núcleo de Estudos de Direito *Ius Publicum*
Avenida 1.º de Maio, 44, 3.º, 4600-013 Amarante
geral@nedip.pt

AEDUM – Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho
Escola de Direito da Universidade do Minho
Campus de Gualtar, sala 10, 4710-057 Braga
geral@aedum.com

Impressão: Gráfica Diário do Minho
Rua de São Brás, n.º 1, Gualtar, 4710-073 Braga
www.diariodominho.pt

Composição: Ana Rita Silva

ISBN: 978-989-99646-8-6

Depósito legal: 459178/19

Tiragem: 100 exemplares

NOTA PRÉVIA

Desde 2011, data da 1.ª edição do livro *A Arbitragem Administrativa e Tributária, problemas e desafios*, até hoje, o caminho de afirmação e de consolidação das ferramentas alternativas de litígios jurídico-públicos tem sido percorrido com enorme sucesso.

É, aliás, disso prova a constante ampliação das suas possibilidades no quadro jurídico-público português, nos termos do art. 180.º e ss. do Código de Processo nos Tribunais Administrativos — como nos explica nesta nova edição a Professora Doutora Bárbara Magalhães —, e em particular o art. 87.º-C., bem como são prova os resultados do CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária).

É um facto que a consolidação dos ADR (*Alternative Dispute Resolution*) nos domínios jurídico-administrativo e jurídico-tributário que se vai alcançando constantemente no nosso panorama jurídico muito se fica a dever ao contributo dos estudiosos publicistas, que vão dando conta das vantagens das figuras em destaque e, designadamente, da arbitragem tributária. Aliás, aqui, este sucesso muito se fica a dever às fragilidades do próprio contencioso tributário do Estado.

No momento em que vivemos, em que o imposto constitui a fonte vital da receita pública, bem sabemos que se maximiza a tensão entre interesses conflituantes presentes nas normas que integram o direito tributário substantivo e processual, sendo certo que estas normas visam naturalmente alcançar a realização simultânea da legalidade (e a tutela do interesse público, onde se inclui o da arrecadação da receita) e a defesa efetiva dos contribuintes.

Na verdade, não tendo ainda o legislador cumprido a imposição legiferante que para si resulta da Lei Fundamental, de consagrar um modelo ordinário de justiça tributária que permita o acesso efetivo e temporalmente justo aos tribunais para tutela de todas as pretensões emergentes de uma relação jurídica tributária, tem cumprido ao intérprete e aplicador do Código de Procedimento e Processo Tributário suprir o que neste falta, procurando *reconstruir uma lei* obsoleta, que acolhe um modelo de proteção jurisdicional tributária de natureza cassatória, pouco compatível com os novos instrumentos substantivos do Fisco e em nada preocupado com a tutela plena (inclusive cautelar) das posições jurídicas subjetivas dos sujeitos passivos. É valioso o contributo aqui apresentado para que se cumpra tão árdua tarefa hermenêutica — e é valioso o contributo dado para aferir da necessidade de reforçar os instrumentos de prevenção do conflito.

E daí surge o sucesso da outra vertente de solução da litigiosidade. Lembro o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária. Na verdade, instituído pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, e pela Portaria de Vinculação n.º 112-A/2011, de 22 de março, este bloco normativo já foi objeto de três alterações legislativas em Portugal, introduzidas pela Lei n.º 64-B/2011, de

30 de dezembro, pela Lei n.º 20/2012, de 14 de maio, e pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

Nos termos deste regime, a competência dos Tribunais Arbitrais em matéria tributária está limitada à apreciação da legalidade de atos de liquidação de impostos cujo valor não exceda os dez milhões de euros, sendo certo que de fora da arbitragem tributária ficou todo o processo executivo, execução de julgados e as ações para a prática do ato devido.

Ora, como se percebe, a arbitragem tributária conta já com seis anos de aplicação prática, tem dado sinais de eficácia e o seu reconhecimento pelo próprio Tribunal de Justiça da União Europeia, no conhecido Acórdão Ascendi, deve aqui ser registado.

Ainda assim, esperar-se-ia que, numa altura de maior crispação entre o Fisco e os cidadãos, e curiosamente num quadro temporal singular de intensa produção legislativa, não ficasse esquecida a reforma já tão esperada (e necessária) do sistema processual de proteção efetiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos contribuintes perante a atuação (e omissão juridicamente relevante) da Máquina Tributária, pois, num Estado de Direito, só o Direito trava e legitima o poder, cabendo aos tribunais afirmá-lo e restabelecê-lo, quando violado, numa lógica de interdependência de Poderes.

Nesta nova edição, contamos com o texto de Cláudia Sofia Melo Figueiras, investigadora que tem vindo a acompanhar muito de perto a experiência da arbitragem tributária em Portugal, primeiro no âmbito do Curso de Mestrado, tendo encontrado neste regime as características e os problemas próprios dos regimes tradicionais de arbitragem em Direito Administrativo. E evidenciou as respetivas originalidades: delimitação do respetivo âmbito de aplicação material, limitação em razão do valor e especial tramitação, assim como o regime de recurso e impugnação da decisão arbitral, a proibição expressa do recurso à equidade e a publicidade obrigatória das decisões arbitrais. A par destes traços, um deles decorrente do princípio geral da irrecorribilidade da decisão arbitral, a autora deste livro estudou também o da admissão de recurso para o Tribunal Constitucional, o recurso por oposição de julgados para o Supremo Tribunal Administrativo e a possibilidade de anulação pelo Tribunal Central Administrativo-Sul da decisão proferida pelo tribunal arbitral do CAAD.

E, mais recentemente, durante o Curso de Doutoramento, Cláudia Sofia Melo Figueiras ampliou o seu estudo à Mediação e à Conciliação na resolução de litígios tributários, tendo, contudo, mantido o interesse científico no estudo do regime da arbitragem em matéria tributária, concebida como um meio jurisdicional de resolução, tendo ampliado e intensificado a problematização da arbitribilidade tributária e dos limites da arbitragem.

De igual modo, este é um assunto caríssimo a Tânia Carvalhais Pereira.

Também tema da arbitragem relativamente à validade de atos administrativos foi questão de Doutoramento de Bárbara Magalhães Bravo, tendo a mesma procurado sistematizar limites à arbitragem neste campo tão complexo.

Marta García Pérez, Professora de Direito Administrativo da Universidade da Corunha, dá-nos conta neste texto das vantagens da mediação administrativa intraprocessual, revelando-nos algumas das possibilidades desta ferramenta enquanto forma de alcançar a plena execução de sentenças administrativas. A sua experiência enquanto *Directora de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de A Coruña* prova-o a propósito da execução de sentenças no domínio urbanístico.

A todas deixo uma palavra de penhorado agradecimento pela gentil partilha das suas reflexões nesta coletânea que assim se renova.

ISABEL CELESTE M. FONSECA
Coordenadora da obra e
Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho

PLANO DOS ESTUDOS

ESTUDO I – *Due process of law* vs. arbitragem, publicidade vs. confidencialidade: *quis, quid, quando, ubi, cur, quem ad modum, quibus adminiculis*

Isabel Celeste M. Fonseca

ESTUDO II - Âmbito e limites da arbitrabilidade do ato administrativo

Bárbara Magalhães Bravo

ESTUDO III – Contributo dos Tribunais Arbitrais Tributários para a uniformização da interpretação do regime comum do IVA

Tânia Carvalhais Pereira

ESTUDO IV – A arbitragem tributária em Portugal: atualizações

Cláudia Sofia Melo Figueiras

ESTUDO V – La mediación intrajudicial en ejecución de sentencia. El caso del antiguo edificio de Fenosa (A Coruña, España)

Marta García Perez

ÍNDICE

ESTUDO I – <i>Due process of law</i> vs. arbitragem, publicidade vs. confidencialidade: <i>quis, quid, quando, ubi, cur, quem ad modum, quibus adminiculis</i> <i>Isabel Celeste M. Fonseca</i>	11
ESTUDO II - Âmbito e limites da arbitrabilidade do ato administrativo <i>Bárbara Magalhães Bravo</i>	33
ESTUDO III – Contributo dos Tribunais Arbitrais Tributários para a uniformização da interpretação do regime comum do IVA <i>Tânia Carvalhais Pereira</i>	47
ESTUDO IV – A arbitragem tributária em Portugal: atualizações <i>Cláudia Sofia Melo Figueiras</i>	73
ESTUDO V – La mediación intrajudicial en ejecución de sentencia. El caso del antiguo edificio de Fenosa (A Coruña, España) <i>Marta García Perez</i>	87

***Due process of law vs. arbitragem,
publicidade vs. confidencialidade:
quis, quid, quando, ubi, cur, quem ad modum, quibus adminiculis***

ISABEL CELESTE M. FONSECA *

0. Introito

O problema da confidencialidade na arbitragem é aqui pensado no contexto do direito ao processo equitativo¹. E, neste sentido, importa, em primeiro lugar, descrever o conteúdo do *due process of law* e, a seguir, perceber o *quantum* da extensão da sua aplicação ao processo arbitral. Depois, em particular, o tema difícil: publicidade vs. confidencialidade na arbitragem administrativa – assunto que, a bem dizer, nunca deixou de estar na ordem do dia, tanto na arbitragem doméstica como na arbitragem internacional, desde a arbitragem de investimentos à desportiva, tanto na arbitragem privada como na arbitragem pública, administrativa e tributária².

No que respeita à harmonização do processo arbitral com o art. 6.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH, de 04/11/1950), impõe-se, de imediato, alertar para um fenómeno crescente do qual nos queremos afastar também de imediato, aqui, quando elevamos o princípio do processo justo a princípio fundamental do processo arbitral e princípio de ordem pública internacional: "*due process paranoia*", como lhe chama ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO. Na verdade, no contexto das arbitragens internacionais, a sua violação é, por tudo e por nada, invocada. Este fenómeno

* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Sobre o tema do *due process of law*, seguiremos de perto o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

² Entre nós, sobre o direito ao processo equitativo e sobre este particular conflito entre arbitragem e direito ao processo equitativo, vd. LUIZ OLAVO BAPTISTA, "Confidencialidade na arbitragem", in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, ACL, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 197 e ss.; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, "Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa (O projecto de revisão do Código de Processo dos Tribunais Administrativos e a nova LAV)", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7, 2014, APA, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 15 e ss.; ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Os tribunais arbitrais são tribunais, mas não são «tribunais como os outros»", in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, UCP, Lisboa, 2015, pp. 57 e ss.; RUI PENA, "O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem", in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, UCP, Lisboa, 2015, pp. 235 e ss.; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, designadamente, "Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional", in *Revista de Direito Civil*, 2016, n.º 3, pp. 701 a 722; e ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *Direito da Arbitragem. Ensaios*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 223 e ss., esp. pp. 268 e ss.

revela-se por dois típicos comportamentos: um que caracteriza o estado de insegurança dos árbitros e o outro que é apanágio das partes. Assim, quanto à primeira configuração, ela manifesta-se no receio excessivo por parte de árbitros de verem as suas decisões anuladas com fundamento na alegada violação de um dos corolários do direito ao processo equitativo. Na outra perspectiva, este fenómeno revela-se no comportamento processual das próprias partes. Estas, procurando a cada momento explorar o direito a seu favor, invocam constantes momentos de colisão no processo arbitral para dela retirarem vantagens³.

Na verdade, podem ser configuradas muitas situações de aparente rota de colisão entre a arbitragem e os princípios e as regras fundamentais em que o direito ao processo equitativo se concretiza e que facilmente podem justificar o fenómeno do “*due process of law* paranoia”⁴. Um deles é, designadamente, o do princípio da igualdade das partes, sendo o outro, como bem se compreende, o da publicidade. Neste caso, a confidencialidade é sendo vista como contrária ao processo equitativo, sendo musculado o argumento da falta de transparência das arbitragens, que se manifesta sobretudo na confidencialidade processual e no secretismo das sentenças arbitrais. Assim acontece particularmente, desde há muito, na arbitragem desportiva⁵ e na administrativa⁶.

Em síntese de roteiro, vamos, então, em primeiro lugar **(I.)**, revisitamos o tema do *due process of law* e a sua aplicação ao processo arbitral. Na segunda parte, deixaremos notas (nunca acabadas) sobre o eterno problema da necessária compatibilização entre a publicidade do processo e a confidencialidade na arbitragem administrativa, procurando distinguir a confidencialidade da privacidade, identificar a natureza da confidencialidade e configurar o seu âmbito e refletindo sobre a natureza da matéria que deve disciplinar o tema, se legal, contratual ou simplesmente com natureza ética⁷ **(II.)**.

³ Sobre o assunto e para maiores desenvolvimentos, vd. especialmente ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “O *Due Process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS: sentido, alcance e (frequentes confusões na matéria)”, in *Revista PLMJ arbitragem*, n.º 2, I, novembro, 2018, pp. 75 e ss. O autor escreve, a propósito do caso Aleksey Lovchec, que “o mencionado receio e as decisões tomadas em função dele, podem, em certos casos, ser prejudiciais à própria arbitragem, podendo comprometer a celeridade, eficiência, qualidade e desejável previsibilidade do processo arbitral (para além de serem suscetíveis de gerar um aumento dos custos da arbitragem face a incidentes processuais não previstos e que não eram expectáveis)”.

⁴ Sobre o assunto, vd. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “O *Due Process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS...”, cit., pp. 75 e ss.

⁵ Entre nós, sobre este assunto tem escrito ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, cit., pp. 701 a 722.

⁶ Entre nós, sobre este tema, por todos, vd. o nosso “A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro”, in *A Arbitragem Administrativa e Tributária, problemas e desafios*, Coimbra, 2012.

⁷ Entre nós, sobre este tema, *L'éthique dans l'arbitrage*, coord. de Guy Keutgen, éditions Bruylant, 2012; existe edição traduzida em português, *A ética na arbitragem jurídica*, na Edições Piaget, tradução de João Duarte, 2014.

I.

Estamos a querer demonstrar, em primeiro lugar, que o *due process of law* ou direito ao processo equitativo ou devido processo legal é estrutural no processo em curso, em qualquer tribunal, seja no tribunal do Estado ou tribunal arbitral (incluindo, parece-nos, qualquer mecanismo legalmente aceite de resolução de litígios).

Assim, tendo raízes históricas no art. 39.º da Magna Carta Inglesa (1215), o direito tem expressa consagração no art. 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP). E encontra-se igualmente previsto em inúmeras constituições de diferentes países, bem como em vários instrumentos europeus e internacionais:

(i) art. 6.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de 04/11/1950];

(ii) art. 47.º, 2.º parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), de 07/12/2000;

(iii) art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 10/12/1948; e

(iv) art. 14.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), de 16/12/1966.

No que concerne ao quadro normativo fundamental português, o que deve entender-se por direito de acesso efetivo aos tribunais deslinda-se, sobretudo, a partir do art. 20.º da Constituição e a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional, em particular daquela que versa sobre os n.ºs 4 e n.º 5 da CRP. Assim, primeiro que tudo, e antes de avançarmos para a apresentação dessas dimensões garantísticas – ou “subdireitos” ou “subprincípios” – que o âmbito normativo daquele preceito de conteúdo tão rico encerra, cumpre sublinhar que o direito de acesso ao direito e aos tribunais decorre imediatamente da ideia de Estado de Direito e é tido como direito fundamental, beneficiando do regime qualificado de proteção dos direitos, liberdades e garantias, não obstante a margem de densificação do preceito que é dada ao legislador ordinário.

Assim, a partir desse acervo jurisprudencial, podemos considerar que o direito de acesso aos tribunais, a que se refere o art. 20.º da Lei Fundamental, inclui, desde logo:

(a) o direito de ação e de acesso a tribunais – sendo estes tidos como órgãos independentes e imparciais;

(b) o direito a um processo;

(c) o direito a obter uma decisão de mérito sobre a causa;

(d) o direito à plena execução dessa decisão;

(e) O direito a obter a tutela jurisdicional efetiva através de processos temporalmente adequados, mormente quando em causa está a proteção de direitos, liberdades e garantias;

(f) O direito a obter providências cautelares que se mostrem adequadas a salvaguardar a plena execução das sentenças.

Finalmente, o direito de acesso aos tribunais deve realizar-se em processo equitativo, nos termos do n.º 4 do art. 20.º da CRP. E, no que respeita especialmente ao processo equitativo, ele vem integrando:

(i) o direito à igualdade de armas ou direito à igualdade de posições no processo, com proibição de tratamento discriminatório ou arbitrário;

(ii) o direito de defesa e o direito ao contraditório, no sentido de existir efetiva possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e de direito, oferecer provas, controlar as provas da outra parte e pronunciar-se sobre o valor e resultado dessas provas;

(iii) o direito a prazos razoáveis de ação e recurso, o que pressupõe o direito à decisão em prazo razoável, o que nos leva a dizer que o processo, para ser justo, deve apresentar igualmente uma duração razoável, que atenda à duração compatível com a qualidade da instância e a efetividade da decisão final.

O legislador tem, pois, uma certa liberdade de conformação na concreta estruturação do processo, devendo assegurar que o mesmo concretiza as diversas dimensões que o *Tatbestand* constitucional acolhe.

Contudo, importa também sublinhar que, não obstante o que afirmámos, os Tribunais Constitucionais da Europa e o próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) têm aceite que algumas dessas dimensões possam ser sacrificadas ou limitadas por razões de celeridade processual ou de eficácia da própria justiça. Vejamos melhor.

Com acolhimento no art. 6.º da CEDH, o direito ao processo equitativo tem conteúdo rico e acolhe diversas dimensões processuais, contando-se, de entre outras, as garantias à emissão de sentença em prazo razoável, ao julgamento por tribunais imparciais e independentes e a garantia ao processo justo — um conteúdo que o Tribunal de Estrasburgo tem vindo a alargar, de dia para dia.

Neste particular contexto normativo, o direito previsto no art. 6.º, § 1, vem sendo entendido, aliás, em sentido mais amplo do que aquele que comumente se associa ao direito à prolação de decisão em prazo razoável. Em bom rigor, este direito foi sendo reconduzido pelos Órgãos da Convenção e, depois, pelo TEDH ao direito de acesso a um tribunal, tendo isso acontecido pela primeira vez no caso *Golder c. reino Unido/1975*, nos termos do qual se entendeu que “a garantia processual do processo equitativo, prevista no artigo 6.º, § 1, da CEDH, inclui a garantia prévia de acesso ao tribunal, mesmo que não exista uma disposição expressa que o consagre, já que este se funda em outras disposições legais e princípios de direito”⁸. No Caso *Cyprus vs. Turkey* (10/05/2011), o TEDH veio confirmar

⁸ Sobre esta jurisprudência, vd. o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

que se deve entender o conceito de "Tribunal" numa perspetiva substantivista, isto é, enquanto órgão dotado de competência jurisdicional, determinada por regras de direito e cujo funcionamento se opere por meio de procedimentos prescritos, com as respetivas garantias, devendo tal órgão ser dotado de imparcialidade e independência em relação ao poder executivo (Cfr. considerando § 233).

E esta dimensão clássica do direito ao processo decorre exatamente da "concretização efetiva e concreta da garantia de acesso a um tribunal, uma vez que a garantia oferecida pela Convenção não pode ser tida como «teórica e ilusória» (caso *Airey c. Irlanda/1979*): a busca pela efetividade da tutela jurisdicional resulta das disposições da convenção, mormente do próprio art. 13.º, e do art. 2.º, alínea e), do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, nos termos do qual, e no contexto dos direitos e liberdades reconhecidos pelo Acordo, os Estados se comprometem a garantir a todas as pessoas, cujos direitos e liberdades reconhecidos sejam ameaçados, um recurso útil, eficaz ou efetivo".

Este novo entendimento, de que processo equitativo é sinónimo de processo efetivo, emerge como resultado da metodologia reconstrutiva que, desde a década de 70 do século passado, a jurisprudência do TEDH tem operado para esclarecer o sentido e a amplitude do direito ao processo equitativo **(1.)**. Este direito foi sendo estendido ao processo administrativo, ainda que a incidência não venha sendo absolutamente clara e constante **(2.)**, e, hoje, porque é mais intensa e mais abrangente do que era inicialmente, vem abarcando a arbitragem, ainda que sem consensos? **(3.)**.

1. Segundo o art. 6.º, § 1, da Convenção, "qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra si dirigida. (...)".

Este direito, que é, desde há muito, designado pelos órgãos da Convenção como direito ao processo equitativo, tem um conteúdo verdadeiramente rico e elástico, tendo sido objeto de constante ampliação pelos órgãos da Convenção. Na verdade, ao procurarem esclarecer qual é o seu específico núcleo e até onde vai a sua amplitude, aqueles, e em particular o TEDH, têm vindo a anunciar as garantias processuais que nele estão incluídas, sendo certo que, decisão após decisão, novas garantias são reveladas como inerentes ao direito ao processo equitativo, revelando-se tal direito como sinónimo do direito ao processo efetivo.

E, como já descrevemos antes, "há abundante jurisprudência dos órgãos da Convenção – e, atualmente do TEDH –, que vem sendo ditada a este propósito.

⁹ Sobre a evolução jurisprudencial e as anotações doutrinárias que sobre ela versa, seguiremos de perto o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, cit.

Servindo-se da «técnica das noções autónomas» e da «teoria dos elementos necessariamente inerentes ao direito», os órgãos da Convenção têm vindo a dissipar as incertezas que se foram colocando, ao longo dos tempos, neste domínio, sendo que, inicialmente, essa aclaração foi sendo realizada em sentido «evolutivo» e «consensual» e mais recentemente a aclaração é realizada mais numa perspectiva reconstrutiva do que consensual¹⁰.

Com efeito, reescrevendo e “invocando SUDRE, o «dinamismo interpretativo-construtivo das normas da Convenção», que é realizado com alguma discricionariedade pelo TEDH, tem culminado, na verdade, no alargamento da aplicabilidade deste direito e na extensão do seu conteúdo. E, assim, através de uma jurisprudência mais «reconstrutiva» que consensual – isto é, através de uma metodologia que assenta fundamentalmente «no desenvolvimento lógico» do direito ao processo equitativo –, o tribunal tem esclarecido que este integra cada vez mais «outros novos direitos», incluindo, mais recentemente, o direito de acesso à justiça, na vertente do patrocínio judiciário, para além daquelas garantias processuais *stricto sensu*, que, desde sempre, ou pelo menos não tão recentemente, se têm vindo a depreender daquele preceito da Convenção¹¹.

Assim, e mais uma vez, “para além daquelas garantias processuais desde sempre reconhecidas neste normativo, como seja a da garantia ao julgamento independente e imparcial, a da garantia a um processo com igualdade de partes e com pleno contraditório e a garantia a decisão em prazo razoável, ele inclui o direito de acesso aos tribunais e conseqüentemente o direito à execução de uma sentença (caso *Hornsby c. Grécia/1997*)”. Neste acórdão de 1997, o TEDH, ao considerar que “a execução de uma decisão judicial, em qualquer jurisdição, deve ser entendida como parte integrante do processo, no sentido do art. 6.º”, vem atribuir ao “direito de acesso a um tribunal” a sua plena efetividade, revelando, pois, a vertente do direito ao processo equitativo como direito ao processo efetivo. E, deste modo, pode inferir-se da jurisprudência de Estrasburgo que, no contexto da Convenção Europeia, o direito ao processo equitativo também “significa direito de acesso a um tribunal e direito à plena execução de uma sentença, sendo que estes são consubstanciais ou inerentes ao direito material protegido, na medida em que deles depende a sua efetividade¹²”.

Ademais, podemos acrescentar que esta perspectiva de associar o direito ao processo equitativo ao direito à tutela jurisdicional efetiva não é alheia à jurisprudência do TEDH, quer quando este se pronuncia sobre a efetividade do direito ao recurso individual (nos termos do art. 34.º da CEDH), quer quando esclarece o que deve entender-se por “direito ao recurso efectivo” (nos termos do art. 13.º da CEDH) ou por “direito ao recurso equitativo” na dimensão do prazo razoável (nos

¹⁰ Sobre este assunto, remetemos para a bibliografia e jurisprudência citados no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, cit.

¹¹ Seguimos de perto o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, cit.

¹² *Idem*.

termos do art. 6.º, § 1, da CEDH). E, de facto, da leitura combinada (que se impõe em alguns casos) destas normas convencionais tem sido salientada a existência no panorama jurídico-constitucional europeu de um direito dos indivíduos à tutela jurisdicional efetiva, em termos que dele emerge a obrigação de o Estado contratante assegurar a defesa efetiva dos direitos ou liberdades garantidos pela Convenção, incluindo, nomeadamente, o dever de, ao colaborar lealmente com os órgãos da Convenção, decretar medidas provisórias (nos termos do art. 39.º do Regulamento do TEDH) em determinadas situações, em relação às quais a defesa efetiva das garantias reconhecidas pela Convenção esteja em causa – designadamente de extradição ou expulsão iminente (como foi discutido no caso da família chilena Cruz Varas contra Suécia/1991) ou no caso *Conka* contra a França/2002 – ou outras medidas urgentes, tais como as medidas de aceleração da marcha de um processo em curso, como ficou confirmado na jurisprudência dos órgãos da Convenção que versou sobre os processos de responsabilização dos serviços de saúde franceses e italianos e que foram acionados por cidadãos que tinham sido contaminados com o vírus da SIDA e da Hepatite B e C, por ocasião de transfusões de sangue realizadas naqueles serviços públicos. O direito que a jurisprudência de Estrasburgo veio reconhecer aos cidadãos (a quem restava pouco tempo de vida) revela-se, pois, como o direito a um processo temporalmente justo, sendo, pois, uma forma legítima de se interpretar o direito à emissão de sentença em prazo razoável em correlação com o princípio da tutela jurisdicional efetiva. Este revelou-se de facto nos "processos de sangue contaminado" e, posteriormente, foi reafirmado e ampliado no processo *Kudła* c. Polónia/2000, tendo sido reforçado no processo *Brusco* c. Itália/2001.

Na realidade, o TEDH tem vindo a clarificar, cada vez mais, o conceito de efetividade. E, por exemplo, em matéria de proteção de estrangeiros, designadamente a propósito do pedido de asilo, o TEDH veio reforçar a necessidade de os Estados signatários proporcionarem mecanismos efetivos de proteção. Afirmando-o mais recentemente por unanimidade, em 26 de abril de 2007, no processo *Gebremedhin* c. *France* (n.º 25389/05), tendo censurado o Estado francês por, ao negar o estatuto de refugiado a um jornalista eritreu e ao ordenar a sua expulsão, não lhe oferecer um mecanismo interno efetivo de defesa. Na realidade, tendo sido dada a ordem e tendo sido rejeitado pelo juiz administrativo o pedido de sua suspensão em processo de *référé-liberté* (nos termos do art. L. 521.2 CodeJA), o TEDH considerou estarem preenchidos os pressupostos dos arts. 3.º e 13.º da Convenção, pois em causa estaria tanto o risco de a vítima poder vir a sofrer tortura, pena ou tratamento desumano ou degradante em consequência da expulsão como a ausência de um recurso efetivo de defesa, tendo intimado as autoridades francesas a procederem à suspensão imediata da decisão – o que permitiu ao estrangeiro obter uma autorização provisória de permanência. Assim, indo, contudo, mais longe na questão da proteção de estrangeiros perante decisões administrativas de expulsão, o TEDH confirma a explicação já dada no acórdão *Conka* c. Bélgica, de 05/02/2002, processo n.º 51564/99, a propósito do conceito

de efetividade, nos termos da qual "não pode ter-se como recurso efetivo se as medidas são executadas antes de as autoridades nacionais terem verificado a sua compatibilidade com a CEDH, sobretudo se há perigo de irreversibilidade"¹³.

Claro está que o direito ao processo equitativo tem sido tradicionalmente associado a certas garantias processuais e fundamentalmente à garantia do prazo razoável, sendo certo que a jurisprudência dos órgãos da convenção que mais tem sido objeto de atenção versa efetivamente sobre esta dimensão do direito ao processo equitativo, previsto no art. 6.º, § 1, da CEDH. De qualquer modo, cumpre sublinhar que a jurisprudência do TEDH já considerou que deste direito depende a boa administração da justiça e a sua credibilidade e, por isso mesmo, importa sublinhar que, no seio da Convenção europeia, o direito ao processo equitativo foi sendo alargado e está mais próximo do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva. De facto, é neste sentido que lemos a garantia à emissão de sentença em prazo razoável, relacionando-a com o processo equitativo, compreendido naquele sentido alargado, que vai ao encontro do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Na verdade, após a entrada em vigor do Protocolo n.º 11, o TEDH tem enunciado novas obrigações decorrentes daquele preceito e, recorrendo à "teoria dos elementos inerentes ao direito", o TEDH continua a enunciar para os Estados novas obrigações e novos deveres decorrentes da Convenção. Neste sentido, e no sentido mais perto do tradicional, o TEDH tem considerado que a demora do processo tem de ser aferida em função da complexidade da causa e da situação litigiosa, sendo que, em princípio, um processo que demore numa instância mais de três anos excede o tempo razoável, violando aquele direito. Contudo, a comprovação da violação do direito ao prazo razoável depende sempre da análise sistemática *in concreto* da duração do processo, segundo certos parâmetros, uma vez que o próprio tribunal de Estrasburgo já considerou como pouco razoável a duração de um processo calculada num ano e seis meses.

E, a partir desta jurisprudência interpretativa que o TEDH tem vindo a realizar do art. 6.º da CEDH, fica certo que esta jurisdição não se opõe à concretização de técnicas que se impõem por imperativo de economia processual e judiciária e de cujo cumprimento resulta uma melhor satisfação da procura da justiça, na perspetiva da concretização do direito ao prazo razoável. Ela não se opõe, nomeadamente, à política de "desjudicialização" e à possibilidade de organizar um pré-tratamento não jurisdicional de assuntos em matéria cível e penal, nem à limitação de vias de recurso jurisdicional, nem à possibilidade de se criarem processos simplificados e acelerados, em função da natureza e urgência das matérias e da importância que o processo pode ter para as partes, nem à fundamentação sumária de sentenças, em certas circunstâncias e atendendo à importância do litígio.

¹³ Remetemos para a doutrina e jurisprudência citados no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, cit.

2. Como se registou nas considerações introdutórias, a jurisprudência dos órgãos da Convenção que versa sobre o direito ao processo equitativo incide particularmente sobre a dimensão do prazo razoável. E, neste contexto, uma das preocupações dos órgãos da Convenção foi delimitar o âmbito de aplicação do art. 6.º, § 1. Durante muito tempo, pensou-se que aquele direito seria considerado independentemente da natureza da jurisdição. A verdade não é, contudo, essa. Antes pelo contrário, no quadro do direito europeu, não é seguro afirmar (mesmo nos nossos dias) que o particular que recorre à justiça administrativa tem, sem mais, um direito a obter uma decisão judicial em prazo razoável com fundamento na CEDH.

Em abono da verdade, como já tivemos oportunidade de escrever, o art. 6.º, § 1, dispõe apenas que qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, *quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra si dirigida*. Aliás, como o âmbito de aplicação deste normativo aponta para os domínios civil e penal, seria até razoável pensar que a resolução dos litígios emergentes das relações jurídico administrativas estaria afastada do seu âmbito e, por conseguinte, seria simples (e justo) pensar que o art. 6.º somente visaria – ou visaria fundamentalmente – as jurisdições cível e penal. Com efeito, o próprio TEDH assim o afirmou no primeiro julgamento, no caso *Lawless* (1960).

Contudo, desde essa altura até hoje, a evolução tem sido significativa¹⁴. E, assim, esta garantia processual, que cabe expressamente no núcleo central das garantias processuais previstas no art. 6.º, § 1, da CEDH, abarca tanto as jurisdições civil e penal como também se estende à jurisdição administrativa, sempre que os processos que nelas decorrem *versem sobre* “a determinação [de] direitos e obrigações de carácter civil” ou “sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal”.

Como consequência do que acabámos de dizer, cumpre, pois, perceber como deve entender-se tais conceitos para finalmente se apurar se o direito ao processo equitativo também vale para os particulares que se dirigem ao processo arbitral. É então por aqui que devemos começar, tanto mais quanto sabemos que os conceitos desta norma tem sido interpretados com défice de uniformidade, tanto no seio dos órgãos da Convenção como também entre estes e as jurisdições dos Estados.

A bem ver, nem a própria metodologia interpretativa do TEDH tem sido coerente quando aplicada ao tema da incidência do direito sobre o processo administrativo. De facto, se inicialmente, ao esclarecer se as garantias do processo

¹⁴ Mais uma vez, a este propósito, remetemos para a doutrina e jurisprudência citados no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, cit.

equitativo se aplicariam ou não ao processo administrativo, os órgãos de Estrasburgo foram interpretando "com descrição e sem activismo" o art. 6.º, já, mais recentemente, o TEDH tem procedido à alteração radical de posições afirmadas. E desta jurisprudência evolutiva do TEDH faz parte tanto o alargamento do conteúdo do próprio direito ao processo equitativo, tal qual se afirmou, como faz parte o alargamento da aplicação da norma a novas matérias de natureza jurídico-pública, de tal forma que hoje aquela garantia se aplica mesmo a momentos do contencioso administrativo dito clássico. Contudo, este alargamento é discricionariamente decidido pelo tribunal e, por isso, pode concluir-se que, do ponto de vista do direito europeu, continua a existir um sector do contencioso administrativo que escapa incompreensivelmente à aplicação desta garantia¹⁵. Tem sido, de facto, a partir de uma interpretação pontual destes conceitos-chave – *carácter civil do direito ou da obrigação* e o *carácter penal da acusação* – que foi sendo alargada a aplicação da garantia aos processos administrativos. Enfim, a dificuldade era patente. E a começar pelo conceito "civil", bem se vê que muitas foram as dificuldades a superar. A interpretação do conceito constituiu mesmo uma tarefa "espinhosa"¹⁶.

Na verdade, este caminho discricionariamente percorrido pelo juiz europeu para proceder à distinção entre *jus imperii* e *jus gestionis* e para atribuir ou recusar o carácter "civil" a certos direitos que integram o ordenamento jurídico interno dos Estados ainda não foi completamente percorrido. E, por isso, sendo um *work in progress*, ele vai sendo completado, não escapando conseqüentemente à incerteza e à falta de tratamento equitativo das matérias administrativas e do seu contencioso, sendo que, por vezes, o tratamento dessas matérias parece obedecer a uma "coerência duvidosa", como também já afirmámos¹⁷.

Bem vistas as coisas, importa reconhecer que tem fugido à incidência da garantia do prazo razoável uma panóplia de questões emergentes das relações jurídico-administrativas – tais como processos que tenham por objeto decisões e medidas de polícia referentes a estrangeiros –, incluindo questões de entrada, residência e saída, já que, em relação a estas questões, não se reconhece aos estrangeiros nenhum "direito ou obrigação de natureza civil", bem como têm continuado a ser excluídos de forma incoerente os processos relativos a extradição, expulsão ou recusa de estatuto de refugiado. E, de igual modo, de tal atitude discricionária quanto à valoração do "direito puram ou essencialmente patrimonial" tem resultado a "incerteza" quanto à aplicabilidade das garantias processuais do art. 6.º ao contencioso da função pública (caso *Huber c. França/1998*), incluindo o disciplinar, e às questões de natureza fiscal e eleitoral. Em ma-

¹⁵ Para outras considerações, vd. doutrina e jurisprudência citados no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, cit.

¹⁶ *Idem*, *ibidem*.

¹⁷ Para as considerações, do ponto de vista dogmático, vd. *idem*.

téria fiscal e em relação ao seu contencioso, por exemplo, a *Cour europeia* parece manter “fechado a sete chaves” o campo de aplicação das garantias previstas neste normativo. No processo *Ferrazzin c. Itália/2001* (que segue a linha da jurisprudência anterior), estando em causa a duração excessiva de um processo fiscal referente a um imposto de mais-valia, o Tribunal de Estrasburgo excluiu claramente este contencioso da aplicação do art. 6.º, uma vez que o critério “patrimonial” da questão subjacente não justificaria por si só a natureza “civil” da determinação do direito ou obrigação¹⁸.

E, no que diz respeito ao contencioso da função pública, afastado “incoerentemente” do campo de aplicação do art. 6.º, cumpre destacar uma decisão de 1999, ditada no caso *Pellegrin*, na qual os órgãos da Convenção vieram introduzir significativas modificações quanto à aplicabilidade da garantia do prazo razoável àquele contencioso, deixando de fora das garantias do processo equitativo e do prazo razoável um grupo considerável de litígios pertencentes aos funcionários detentores de autoridade (com a exceção do contencioso em matéria de pensões, já que o art. 6.º se aplica a todos os funcionários, pois, “o funcionário aposentado não beneficia de parte de soberania do Estado, no momento em que já se extinguiu a ligação especial de confiança e lealdade”)¹⁹.

Enfim, mesmo na ausência de “denominador comum que permitisse encontrar na matéria uma noção europeia uniforme”, a redução da área de inaplicabilidade do art. 6.º da CEDH tem sido conseguida por via da interpretação autónoma do conceito-chave “direito de natureza civil”, sendo certo que este conceito está longe de ser fixado de modo geral, tanto mais que os órgãos da Convenção seguem, para o efeito, uma metodologia conhecida por *judicial self-restraint*.

Segundo MATSHER, esta metodologia pressupõe “nunca precisar de enunciações de carácter geral”. E é com base em semelhante esquema de atuação jurisprudencial que os órgãos da Convenção fazem aplicar as garantias do art. 6.º à *matéria administrativa a título do conceito “acusação em matéria penal”*. Na verdade, procurando evitar que a política de descriminalização em alguns Estados contratantes possa ser incompatível com os objetivos da Convenção, e nesse sentido privar os particulares das garantias do art. 6.º (caso *Öztürk/1984*), os órgãos da Convenção têm entendido que o conceito de “matéria penal” pode, à luz do ordenamento jurídico interno, corresponder ao direito administrativo sancionador ou das infrações administrativas. E, por isso, considerando a autonomia da noção “acusação em matéria penal” – que é sinónimo de “notificação oficial” a uma pessoa, realizada pelas entidades competentes, da censura de ter realizado uma infração penal –, recorrendo a critérios próprios que atendem à natureza geral da norma infringida e ao objetivo dissuasor e punitivo da sanção,

¹⁸ Para outras considerações, vd. doutrina e jurisprudência citados no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, cit.

¹⁹ *Idem, ibidem*.

os órgãos de Estrasburgo têm considerado aplicáveis as garantias do art. 6.º da CEDH ao contencioso que versa sobre algumas infrações administrativas e ao domínio do ilícito administrativo, entre nós²⁰.

3. Sem prejuízo do que já dissemos, é inegável que quem lê o art. 6.º da CEDH conclui que este preceito foi desenhado para impactar num processo estadual, sendo que o n.º 1 se aplica ao processo civil e ao processo penal e que o n.º 2 e o n.º 3 se encontram pensados apenas para o processo penal. Daí as dúvidas que se têm colocado a este propósito, como apontámos antes neste texto, sendo dúvidas que são agravadas pelo facto de os trabalhos preparatórios da CEDH nada dizerem a respeito da sua aplicação (ou não) à arbitragem. De todo o modo, como de forma quase unânime têm vindo a reconhecer a doutrina e jurisprudência do TEDH, isto não significa que a arbitragem voluntária seja contrária ou incompatível com o art. 6.º, n.º 1, da CEDH **(3.1.)**, nem que tal norma não seja aplicável à arbitragem **(3.2.)**.

3.1. A este respeito, e no que à primeira questão se refere (não contrariedade da arbitragem com este preceito), importa começar por salientar que o art. 6.º da CEDH não se opõe à criação de tribunais arbitrais. Dir-se-á, a este propósito, que o direito de acesso aos tribunais – implicitamente garantido no n.º 1 do art. 6.º – não exige que o tribunal a que se acede tenha de ser sempre um tribunal estadual. Neste sentido, e em consonância com a jurisprudência do TEDH, não deveremos interpretar a palavra “tribunal”, prevista no n.º 1 do art. 6.º, como significando, necessariamente, um tribunal estadual, excluindo os tribunais arbitrais. O direito de acesso a um tribunal (estadual) pode, assim, ser renunciado a favor da arbitragem, não sendo tal facto incompatível com o art. 6.º. Já no que se refere à aplicação do artigo 6.º, n.º 1, à arbitragem voluntária, a questão é mais complexa. Resumidamente, e como bem sintetiza ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, poder-se-á dizer que existem, na doutrina, várias posições a este respeito²¹:

(i) uma posição minoritária (hoje ultrapassada) que, pura e simplesmente, entende que a CEDH (aqui se incluindo, como é natural, o art. 6.º, n.º 1) não se aplica à arbitragem;

(ii) uma posição que defende a aplicação direta do art. 6.º, n.º 1; e

(iii) uma posição maioritária que afirma a aplicação do art. 6.º, n.º 1, à arbitragem, mas de forma indireta – particularmente no âmbito da função de controlo e assistência que, por vezes, os tribunais estaduais são chamados a desempenhar na arbitragem.

²⁰ *Idem, ibidem.*

²¹ Sobre o assunto e para maiores desenvolvimentos, *vd.* especialmente ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “O *Due Process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS...”, *cit.*, pp. 75 e ss.

Outros autores defendem, também, a aplicação do art. 6.º da CEDH à arbitragem, embora sem especificar o modo como tal aplicação é feita (designadamente se se trata de uma aplicação direta ou indireta). Embora a aplicação desta norma à arbitragem voluntária seja controvertida (sobretudo quanto à questão de saber se se aplica direta ou indiretamente), parece absolutamente necessário dizer que aquele preceito tem relevância na arbitragem, devendo ser respeitada sempre que os tribunais estaduais tenham de intervir na arbitragem (antes, durante ou após o processo arbitral, no âmbito da função de controlo e assistência que, por vezes, são chamados a desempenhar).

Deste modo, como escreve ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “o tribunal estadual que, por exemplo, esteja incumbido de apreciar a decisão arbitral em sede de recurso ou no âmbito da ação de anulação, de proceder ao reconhecimento e à execução da mencionada sentença ou que tenha de nomear o árbitro em falta ou a totalidade dos árbitros terá de conduzir a sua intervenção com a necessária observância pelo art. 6.º, n.º 1, da CEDH. Caso não o faça, e uma vez esgotados – perante as respetivas instâncias nacionais – todos os recursos ordinários internos a que haja lugar, não é de excluir a possibilidade de apresentação de uma queixa junto do TEDH, com fundamento na violação do direito a um processo equitativo, previsto no art. 6.º, n.º 1, da CEDH”²².

Já em 1997, o TEDH havia aclarado, no Caso *Rolf Gustafson vs. Sweden*, que, para efeitos do art. 6.º, n.º 1 da CEDH, deve entender-se por “Tribunal” não apenas os órgãos jurisdicionais que integram a esfera estadual como também aqueles que não se integram no *standard judicial machinery of the country concerned* (considerando 45). O direito de acesso à justiça implica, pois, um direito a submeter reivindicações perante alguém independente e imparcial, seja juiz ou árbitro. À luz do art. 6.º, n.º 1 CEDH, não pode renunciar-se validamente ao direito de acesso à justiça. No fundo, o que com isto se quer dizer é que o direito a um processo equitativo se traduz não num direito de acesso ao tribunal (estadual) mas sim num direito de acesso à justiça (seja perante um tribunal estadual seja perante um tribunal arbitral)²³.

A par do que se mencionou, nunca é de mais evidenciar que o direito ao processo equitativo é entre nós consagrado no Texto Constitucional, não podendo a arbitragem configurar-se como domínio processual à parte daquele.

Importa salientar, por um lado, que, na ordem jurídica portuguesa, os tribunais arbitrais se encontram postulados na Constituição, no art. 209.º, n.º 2. Embora não constituam órgãos de soberania (nem sequer tribunais estaduais, ao contrário dos julgados de paz), figuram como verdadeiros tribunais, isto é, personificam órgãos dotados de competência jurisdicional e, não obstante o funcionamento do processo arbitral assentar numa cultura de escolhas, em causa não deixam de estar

²² *Idem, ibidem*.

²³ Cfr. JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration”, p. 79, disponível online em http://www.landrove.ch/pdf/ECHR_2006_Landrove.pdf.

também a defesa de direitos fundamentais e a prossecução do interesse público²⁴. De uma leitura articulada dos arts. 212.º e 209.º da CRP extrai-se a premissa conclusiva de que a jurisdição administrativa se refere tanto aos tribunais administrativos estaduais como aos tribunais arbitrais administrativos (jurisdição partilhada)²⁵.

E importa dizer, por outro, que o processo arbitral está sujeito aos parâmetros do processo equitativo, ex vi art. 20.º, n.º 4, da CRP, parâmetros estes que funcionam como um limite à autonomia das partes. Neste sentido, devemos precisar que, em qualquer processo arbitral, existem determinados princípios fundamentais (postulados pelo direito ao processo equitativo) que deverão ser sempre respeitados, sob pena de a sentença arbitral poder vir a ser anulada, não ser executada, ou, eventualmente, ser interposto um recurso para o Tribunal Constitucional ou apresentada uma queixa junto do TEDH²⁶.

3.2. Enfim, em jeito de síntese, podemos afirmar que o direito ao processo equitativo compreende um núcleo normativo essencial que é transversal a todo o direito processual, incluindo o processo arbitral, e cujos efeitos se estendem a todas as instâncias de administração da justiça, onde se incluem os tribunais arbitrais. E, aqui chegados, é sabido que o direito à jurisdição não implica apenas o direito de acesso aos tribunais. É igualmente necessário que o processo a que se acede apresente garantias de justiça, de modo que se consiga alcançar a justa composição do litígio. Por outras palavras, é preciso que o processo seja equitativo, isto é, seja um processo justo, com todas as garantias a que se fez anteriormente referência.

Pois bem, neste conjunto de princípios e regras fundamentais em que o direito ao processo equitativo se concretiza, tais como a independência e a imparcialidade do tribunal, a observância do princípio do juiz natural, a fundamentação da decisão e o seu proferimento em prazo razoável, o direito à prova (e à licitude desta) e o princípio da igualdade das partes (donde resultam outros importantes princípios, como o princípio do contraditório), inclui-se a publicidade do processo. E este conjunto de princípios e regras fundamentais, que conformam o direito ao processo equitativo, não deve ser subestimado na arbitragem, pese embora a origem contratual da arbitragem e a sua forte matriz centrada na autonomia privada.

²⁴ Neste sentido, FILIPE BRITO BASTOS, "A Arbitragem em direito administrativo e o direito fundamental de acesso ao direito nos tribunais portugueses", in *Arbitragem e Direito Público*, Lisboa, AAFDL, 2015, p. 85.

²⁵ Assim, DORA LUCAS NETO, "A jurisdição Arbitral Administrativa", in *Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL – Contributo para o presente e Futuro dos meios de resolução alternativa de litígios*, Vol. I, 2018, coord.: Tiago Serrão, p. 64.

²⁶ No mesmo sentido, especialmente, ANTÓNIO PEDRO MONTEIRO, "O Due Process na arbitragem desportiva do TAS/CAS...", cit., pp. 75 e ss.

A Lei da Arbitragem Voluntária (LAV, Lei n.º 63/2011, de 14 de agosto) acolhe dimensões de concretização obrigatória do direito ao processo equitativo. Compreende-se, por isso, que, no art. 30.º, n.º 1, se preveja expressamente a necessidade de o processo arbitral dever sempre respeitar certos “princípios fundamentais”. E isso supõe: a obrigatoriedade de citação, o princípio da igualdade das partes, o dever de ser dada às partes uma “oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final” e, também, o princípio do contraditório (alíneas a), b) e c) do n.º 1 do art. 30.º da LAV). E mais: como se afirma comumente, além destes, que estão previstos nesta norma, são aplicáveis outros princípios fundamentais, como por exemplo, o princípio do dispositivo e do dever de fundamentação da sentença arbitral, bem como o da imparcialidade e dos árbitros. Por outro lado, impõe-se ainda mencionar outros princípios fundamentais com relevância para a arbitragem que emergem da CRP (uma vez que o direito ao processo equitativo está consagrado no art. 20.º, n.º 4), sem prejuízo de ainda se configurar que “existem dispersos pela Constituição determinados princípios que, além de serem direitos fundamentais processuais [...], constituem também princípios constitutivos de toda a ordem processual” e sem os quais não se pode falar da existência de um processo²⁷.

É esse o caso, entre outros, do princípio da igualdade das partes e do princípio do contraditório.

Conforme defende a este respeito ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO²⁸, é essa a razão pela qual, aliás, se poderá afirmar que o art. 30.º, n.º 1, da LAV acaba por ser uma disposição “incompleta e até mesmo inócua”. Incompleta, na medida em que não contempla todos os princípios fundamentais que o processo arbitral deverá sempre respeitar. Inócua, uma vez que os princípios elencados no n.º 1 do art. 30.º seriam sempre aplicáveis, independentemente da sua consagração expressa na LAV. Neste âmbito, o ponto essencial que cumpre agora destacar é o de que o respeito por estes princípios é condição da validação pública de um processo privado, isto é, o Estado só pode admitir decisões de tribunais privados, na medida em que tais decisões cumpram determinadas regras mínimas de justiça processual em que o direito ao processo equitativo se concretiza e que impedem que o processo arbitral caia em descrédito. Daí que o legislador português preveja a possibilidade de a sentença arbitral ser anulada, caso algum dos princípios fundamentais do n.º 1 do art. 30.º da LAV, e não só, tenha sido violado (facto que atesta bem a importância destes princípios), podendo, ainda, tal violação constituir um obstáculo à execução da sentença.

O direito ao processo equitativo é, efetivamente, um princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é afirmado no art. 20.º, n.º 4, da CRP e compreen-

²⁷ Sobre o tema, vd. NUNO ALBUQUERQUE, LUÍS PAULO SILVA e MARIA AMÉLIA MESQUITA, in *Global Legal Insights, International Arbitration 2019*, fifth edition, global legal group, United Kingdom, 2019, pp. 316 e ss.

²⁸ ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “O Due Process na arbitragem desportiva do TAS/CAS...”, cit., pp. 75 e ss.

de um núcleo normativo essencial e transversal a todo o direito processual cujos efeitos se estendem a todas as instâncias de administração da justiça, aqui se incluindo, respetivamente, a arbitragem e os tribunais arbitrais. Deste modo, como bem diz ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, independentemente da ação de anulação prevista na LAV, importa salientar que, caso uma decisão arbitral aplique uma determinada norma que infrinja algum dos princípios fundamentais em que o direito ao processo equitativo se traduz (e que se entenda serem aplicáveis à arbitragem), tal pode configurar razão para, verificados os requisitos legais, desencadear de recurso para o Tribunal Constitucional.

II.

A seguir, ainda a partir do direito ao processo equitativo – e em jeito inconclusivo, pois o tema assim o determina –, impõe-se responder à *vexata quaestio da publicidade vs. confidencialidade*²⁹. Pois bem: a exigência de publicidade representa em primeiríssimo lugar a garantia de transparência do exercício da função jurisdicional. E, em sintonia com a garantia apontada, a necessidade de combater o arbítrio do julgador que é potenciado pela opacidade e pelo secretismo. Em causa está, pois, a preocupação maior de lutar contra a desconfiança na administração da justiça e evitar o enfraquecimento da legitimidade democrática das decisões dos tribunais.

Na verdade, “se os tribunais administram a justiça em nome do povo (art. 202.º, n.º 1, da CRP), o povo tem direito a conhecer o modo como são praticados os atos processuais e as decisões dos tribunais: a justiça não deve ser só feita, deve ser vista a ser feita”. Afirmação clássica irrepreensível no contexto da afirmação dos valores em que assenta o Estado de Direito.

Atendendo precisamente a esta dimensão axiológica da publicidade no processo, compreende-se que sejam múltiplas as fontes de direito a fazer-lhe referência. Entre nós, a CRP acolhe esse princípio no art. 206.º e consagra essa dimensão do direito à tutela efetiva no art. 20.º, n.º 4, como também já registámos. No Código de Processo Civil, os arts. 163.º e 606.º fazem-lhe essa menção e, no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, igualmente em múltiplos artigos, sendo certo que a publicidade abrange a publicidade das audiências, o acesso ao processo e a publicidade de decisão que põe fim ao litígio. A publicidade do processo é, portanto, uma dimensão do direito ao processo equitativo e traduz a garantia da correção do *iter* procedimental e a legalidade dos atos judiciais.

Em todo o caso, é obrigatório registar que este princípio não é absoluto. Aliás, havendo consciência de que dele pode decorrer inconvenientes, é consensual

²⁹ Sobre o tema, vd. IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, in *BMJ*, n.º 75/76, 1998, pp. 152 e 153.

Remetemos ainda para os autores citados na nota 2 do presente artigo.

reconhecer-se, por isso mesmo, que o este comporte constrangimentos e exceções. Aliás, sem prejuízo de invocar casos legalmente previstos em que a publicidade é legalmente afastada, a bem ver, a opção pela arbitragem pode até por esta razão ser opção legítima. Na verdade, pode estar em causa a necessidade de as partes quererem proteger as suas práticas e segredos profissionais, as suas estratégias comerciais, bem como também pode ser legítima a vontade de as partes não darem a conhecer que estão em litígio. E, por isso, optam por uma alternativa de resolução do litígio que lhes confere uma menor exposição.

O tema da confidencialidade na arbitragem é fértil em mantras e equívocos³⁰. Há quem entenda que a confidencialidade não é elemento da arbitragem, *id est*, não lhe é absolutamente conatural ou inerente. E nem todos os regimes normativos ou lei-modelo de arbitragem dos países acolhem a confidencialidade. Portanto, há quem entenda que arbitragem não tem de ser confidencial, não devendo confundir-se a confidencialidade com a discricção e com a privacidade. Como escreve RUI PENA, decidir através de arbitragem permite retirar a resolução do litígio dos holofotes da imprensa e da vista dos concorrentes e dos contribuintes em geral. A privacidade é conseguida, por vontade das partes, através da designação de um tribunal privativo, com plenos poderes jurisdicionais, integrando pessoas da respetiva confiança, a quem se encarrega de dirimir o conflito que as opõe, na certeza de que o respetivo veredicto, se não for voluntariamente cumprido, pode ser coercivamente executado³¹. A redação do compromisso arbitral impõe cuidado, bem como também a escolha do tribunal. Importa redigir e ponderar a abrangência da confidencialidade, tendo em conta o quadro normativo vigente no lugar em que a arbitragem acontece.

Mas também é um facto que a confidencialidade combina bem com arbitragem. E assim é na medida em que a própria confidencialidade é considerada como uma das maiores vantagens da arbitragem, tanto na área civil como na comercial. Assim entende a melhor literatura da especialidade quando refere que, neste tipo de processos, há matérias muito sensíveis, como sejam a estratégia do negócio, sistemas de produção, tecnologias, produtos, clientes, cuja confidencialidade é necessária. Há inclusive quem defenda que, atendendo à origem contratual e à natureza privada da arbitragem, é configurável que os processos arbitrais sejam naturalmente confidenciais. Aliás, no quadro normativo inglês e suíço, entende-se mesmo que da convenção de arbitragem emerge, desde logo, um dever implícito de confidencialidade³².

A confidencialidade é a garantia de que determinada informação fornecida pelas partes não é divulgada a terceiros; é a garantia de que todos os elementos carreados para o processo arbitral, desde o compromisso inicial que delimita o

³⁰ Entre nós, dando conta de alguns dos frequentes equívocos, *vd.* RUI PENA, "O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem", *cit.*, pp. 235 e ss.

³¹ *Idem, ibidem.*

³² Sobre o tema, *vd.* JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, "Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa", *cit.*, pp. 20 e 21.

contencioso até à sentença final, incluindo meios probatórios e todo o argumentário, são dados à confiança e não podem ser veiculados para fora do tribunal, sendo certo que esta confidencialidade valeria tanto para o período processual propriamente dito, desde a aceitação dos árbitros designados até à prolação da sentença. Valeria ainda para a divulgação da sentença e para a matéria instrutória, designadamente toda a documentação junta ao processo, os testemunhos prestados e os relatórios das peritagens ordenadas, e afetaria não só as partes como também terceiros. E vincularia sobretudo os árbitros.

A regra da confidencialidade está consagrada na LAV, entre nós, no art. 30.º, n.º 5, daqui emergindo que os árbitros, as partes e, se for o caso, os centros de arbitragem institucionalizada, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e sobre o conteúdo de documentos a que tenham acesso (e sobre o qual tomem conhecimento) através de processo arbitral.

É certo que, mesmo na arbitragem, o princípio da confidencialidade tem exceções amplas (art. 30.º, n.º 5, 2.ª parte, e n.º 6, da LAV), o que conduz certos autores a reconhecer a necessidade de restringir precisamente algumas destas exceções³³. É, portanto, configurável que as partes possam tornar públicos atos processuais para defesa dos seus direitos e que os árbitros tenham o dever de comunicar informação do processo às autoridades, quando tal decorre da lei.

Mas, em todo o caso, não parece existir consenso quanto a reconhecer a confidencialidade como traço identitário da arbitragem. Por outras palavras, a arbitragem não é sempre sinónimo de confidencialidade e não é unânime a doutrina a considerar que a confidencialidade seja parte integrante da arbitragem³⁴. Mesmo do ponto de vista normativo, há variedade nas soluções acolhidas no panorama legislativo de direito comparado, sendo certo que, na sua maioria, essa disciplina permite que as partes estipulem por acordo o regime de confidencialidade da arbitragem, uma vez que está no âmbito do seu poder de autonomia da vontade.

Importa, pois, refletir sobre uma das posições mais extremistas que vê, neste acordo que traça a natureza confidencial da arbitragem, uma violação do direito ao processo equitativo na dimensão da publicidade. Pois bem, nos termos do art. 6.º da CEDH: "qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente", devendo o julgamento ser público. Formulada em

³³ Neste sentido, refere o n.º 5 do art. 30.º da LAV: "Os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de actos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei". E o n.º 6 dispõe: "O disposto no número anterior não impede a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas a isso se opuser".

³⁴ Entre nós, veja-se, por todos, RUI PENA, "O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem", cit., pp. 235 a 266.

termos de questão, se a ausência de publicidade na arbitragem viola o direito ao processo equitativo, importa dizer que a resposta tem sido negativa, no sentido de que “não, não viola a CEDH”. E de igual modo se tem respondido quando se interroga se a confidencialidade da arbitragem viola o art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A este propósito, escreve RUI PENA que “não obstante muitos tribunais onde a questão é colocada, referirem, *brevitatis causa*, que esta regra apenas deve ser aplicada aos tribunais estaduais e não à arbitragem, na medida em que este é uma justiça privada, ou melhor dizendo, um processo privado de resolução de litígios”, sendo certo que a privacidade da arbitragem decorre da renúncia expressa emergente da convenção arbitral, cláusula compromissória ou compromisso arbitral³⁵.

Há, aliás, direitos previstos no art. 6.º, n.º 1, da CEDH que são suscetíveis de renúncia. De entre eles está o da publicidade, devendo a renúncia ser inequívoca e não ofender nenhum interesse público relevante³⁶. Na verdade, a propósito do caso *Nordström vs The Netherlands*, os órgãos da CEDH consideraram que os processos arbitrais não têm de estar em conformidade com o art. 6.º da CEDH na sua totalidade e consideraram ainda que a convenção de arbitragem envolve uma renúncia à aplicação integral, sem restrições, deste artigo.

Também entre nós, formulada a mesma questão, desta feita interrogando se a confidencialidade colide com o art. 20.º, n.º 4, da CRP, tem havido respostas negativas, no sentido de que a confidencialidade do processo arbitral não viola qualquer comando constitucional. Assim, deste modo, vai-se afirmando que, se o art. 20.º, n.º 4, da CRP (preceito que consagra o direito ao processo equitativo) é considerado aplicável ao processo arbitral, uma vez que deve entender-se aplicável a todo e qualquer modo de resolução de litígios, a publicidade poderá integrar esse núcleo, mas poderá também não o integrar. Assim, neste sentido, afirma-se que as pessoas têm direito a que a sua causa seja examinada publicamente, mas também têm o direito a que não o seja, optando por usufruir das maiores vantagens que a confidencialidade lhes possa proporcionar. Afinal, da própria confidencialidade pode resultar a eficácia da sentença, podendo mesmo dizer-se que, em algumas circunstâncias, a exigência absoluta de publicidade poder anular a utilidade do processo arbitral.

O art. 8.º do Código Deontológico do Árbitro da Associação Portuguesa de Arbitragem menciona que o árbitro deve respeitar a confidencialidade do processo e a decisão arbitral e não poderá utilizar informação obtida no decurso da instância arbitral com o objetivo de alcançar ganho, para si ou para terceiro, ou de lesar o interesse de outrem.

³⁵ *Idem, ibidem*.

³⁶ Sobre este último, vd. MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO e PEDRO FERREIRA DE SOUSA, “Anotação à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de novembro de 1996 (*Nordström vs The Netherlands*)”, in *100 anos de arbitragem. Os casos essenciais comentados*, coleção PLMJ, n.º 9, Coimbra Editora, 2015, pp. 199.

Coisa diferente, mas não menos importante, é saber até onde deve a confidencialidade ser estendida³⁷. Há, por um lado, na verdade, razões legítimas para as partes revelarem atos dos processos arbitrais, razões para que os árbitros façam cessar o dever de sigilo e, por outro, imposições legais de publicidade de sentenças arbitrais. Aliás, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), na última revisão, viu introduzida uma norma que obriga à publicidade por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça, das decisões proferidas pelos tribunais arbitrais transitadas em julgado. O regulamento do CAAD também cumpre este objetivo.

De uma forma ou de outra, e pensando sobretudo na arbitragem jurídico-pública, importa sempre assegurar que as entidades públicas que recorrem à arbitragem não obtenham através da confidencialidade vantagens maiores do que aquelas que jamais conseguiriam obter no processo público, no sentido de que, invocando a confidencialidade, alcançam isenção a controlos externos de legalidade e encontram caminho seguro para a fuga a regras que protegem o interesse público e interesse de terceiros³⁸.

Sem pretensão de exaustão, importa destacar de entre os interesses públicos a aquilatar, no momento de ponderar a preponderância da confidencialidade em detrimento da publicidade³⁹:

(i) a necessidade de segurança jurídica e o conhecimento pela comunidade da aplicação do direito pelos tribunais;

(ii) a necessidade de controlo público-institucional (incluindo estadual) da atividade administrativa;

(iii) incremento da aceitação e reconhecimento pelo Estado do exercício da função jurisdicional por privados;

(iv) a imperatividade do cumprimento da legalidade;

(v) credibilização e o reconhecimento da arbitragem, combatendo a generalizada desconfiança contra o mecanismo de resolução de litígios.

É certo que, em relação à arbitragem privada, vão prevalecendo argumentos em defesa da invocação legítima da renúncia à publicidade pela aceitação da convenção de arbitragem. Assim se diz que a vontade das partes de que o seu litígio não chegue a praça pública deve ser entendido, bem como deve ser salvaguardado o direito a manter segredo sobre interesses comerciais próprios, isto por um lado. Por outro, vem vencendo outro reforço argumentativo que vai no sentido de que o controlo da correção da legalidade da sentença arbitral

³⁷ Sobre o tema, *vd.* JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, "Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa", *cit.*, pp. 18 a 21.

³⁸ Sobre este assunto, *vd.* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "Tópicos sobre o problema do âmbito subjectivo da arbitragem sobre relações jurídicas multilaterais ou poligonais de direito administrativo", in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, ACL, Almedina, 2012, pp. 209 e ss.

³⁹ Entre nós, sobre este assunto tem escrito ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, designadamente no artigo "Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem esportiva transnacional", *cit.*, pp. 701 a 722.

(que o princípio da publicidade do processo visa assegurar) pode ser alcançado no momento da intervenção do tribunal do Estado, quer no âmbito do recurso de anulação, quer no âmbito do recurso e do reconhecimento e execução de sentença arbitral, havendo aqui um reforço de uma publicidade indireta. Enfim, neste campo, parece fazer sentido dizer que um processo arbitral, para ser equitativo, não precisa de declinar a confidencialidade. Na verdade, como escreve ROBIN DE ANDRADE, “a confidencialidade é sempre limitada, pois deve sempre ser reconhecido às partes o direito de utilizar a sentença arbitral para fazer valer os seus direitos através dos tribunais estaduais, o que obviamente implica a necessidade de a sentença adquirir a mesma publicidade que qualquer sentença de tribunais estaduais transitada em julgado que seja título executivo”⁴⁰.

A ausência de publicidade na arbitragem administrativa levanta, como se indicou, outras questões, e questões delicadas, uma vez que pode estar em causa a defesa do interesse público ou a defesa de interesses coletivos e de terceiros relevantes, que imponham a primazia do princípio da publicidade. Há, aliás, quem desde logo afaste deste domínio qualquer argumento que vai no sentido de aceitar que a convenção de arbitragem seja expressão de renúncia à publicidade, uma vez que se duvida da validade da renúncia à publicidade das sentenças arbitrais pelas entidades públicas, tal como se duvida da validade da renúncia ao recurso jurisdicional pelas mesmas entidades⁴¹.

Por isso mesmo se considera que há pelo menos um dever de publicidade irrenunciável que abrange o da publicação das decisões arbitrais, solução que o CPTA veio expressamente acolher no art. 185.º-B, visando, segundo alguns, alcançar uma maior transparência no exercício da função jurisdicional através da arbitragem⁴². Uma coisa é certa, a confidencialidade na arbitragem gera problemas e contradições que estão longe de oferecer respostas conclusivas, basta pensar na dimensão do dever de não publicar integralmente a sentença na arbitragem privada por contraste com o dever de a publicar nos termos do CPTA⁴³. É certo que todos esses problemas e contradições se agudizam na arbitragem jurídico-pública, sendo que, no nosso entender, o assunto não pode ser tratado apenas no contexto da Ética na arbitragem⁴⁴, nem apenas no quadro do contratualmente assumido.

⁴⁰ Sobre o tema, vd. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa”, cit., pp. 18 a 21.

⁴¹ Neste sentido, ver o nosso “A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro”, in *A Arbitragem Administrativa e Tributária, problemas e desafios*, Coimbra, 2012, pp. 175 e ss.

⁴² Sobre este assunto, vd., entre outros, FAUSTO DE QUADROS, “Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de Arbitragem”, in *Revista Internacional de arbitragem e Conciliação*, APA, n.º 7, Almedina, Coimbra, 2014, p. 13.

⁴³ Sobre o tema, vd. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa”, cit., p. 22.

⁴⁴ Há quem assim entenda: LUIZ OLAVO BAPTISTA, “Confidencialidade na arbitragem”, cit., p. 203.

Bibliografia citada

- ANDRADE, José Robin de, "Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, APA, n.º 7, Almedina, 2014, pp. 18 a 21.
- BARRETO, Irineu Cabral, "Direito ao exame da causa publicamente", in *BMJ*, n.º 75/76, 1998, pp. 152 e 153.
- BRANDÃO, Manuel Cavaleiro/SOUSA, Pedro Ferreira de, "Anotação à decisão do tribunal europeu dos direitos do homem de 27 de novembro de 1996 (*Nordström vs The Netherlands*)", in *100 anos de arbitragem. Os casos essenciais comentados*, coleção PLMJ, n.º 9, Coimbra Editora, 2015, pp. 199 e ss.
- FONSECA, Isabel Celeste M., "A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro", in *A Arbitragem administrativa e tributária, problemas e desafios*, Coimbra, 2012.
- _____, *Processo temporalmente justo e urgência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- MENDES, Armindo Ribeiro, "Os tribunais arbitrais são tribunais, mas não são «tribunais como os outros»", in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, UCP, Lisboa, 2015, pp. 57 e ss.
- MONTEIRO, António Pedro Pinto, "O *Due Process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS: sentido, alcance e (frequentes confusões na matéria)", in *Revista PLMJ arbitragem*, n.º 2, 1, novembro, 2018, pp. 75 e ss.
- MONTEIRO, António Pedro Pinto/SILVA, Artur Flaminio da, "Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional", in *Revista de Direito Civil*, 2016, n.º 3, pp. 701 a 722.
- QUADROS, Fausto de, "Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de Arbitragem", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, APA, n.º 7 (2014), Almedina, Coimbra, 2014, pp. 7 e ss.
- RUI PENA, Rui, "O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem", in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, UCP, Lisboa, 2015, pp. 235 e ss.
- SILVA, Artur Flaminio da /MONTEIRO, António Pedro Pinto, "Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional", in *Revista de Direito Civil*, 2016, n.º 3, pp. 701 a 722.

Âmbito e limites da arbitralidade do ato administrativo

BÁRBARA MAGALHÃES BRAVO *

Sumário: **0.** Introdução. **1.** Resenha histórica. **2.** Da apreciação do mérito do ato administrativo. **3.** Da apreciação da legalidade do ato administrativo. **3.1.** Enquadramento. **3.2.** Os tribunais arbitrais e a função jurisdicional. **3.3.** Critério de arbitralidade do ato administrativo – Da fundamentalidade dos direitos.

0. Introdução

O âmbito material da arbitragem em matéria administrativa conheceu recentemente um considerável alargamento, sobretudo no que concerne ao ato administrativo. Passou-se a reconhecer a admissibilidade de apreciação da legalidade dos atos administrativos pelo Tribunal Arbitral.

Tradicionalmente, a legalidade dos atos administrativos era matéria reservada aos tribunais estaduais. No entanto, era notória a incongruência legal. O art. 180.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) de 2002 estabelecia que os tribunais arbitrais poderiam conhecer de “questões relativas a atos administrativos que pudessem ser revogados sem fundamento na sua invalidade”.

Podíamos diagnosticar dois tipos de enfermidades. Em primeiro lugar, no seio do Direito Administrativo, incompreensivelmente, admitia-se a arbitralidade da legalidade dos atos administrativos pertencentes à esfera contratual e excluía-se do controlo da legalidade arbitral todos os outros.

A outra enfermidade de que padecia o regime da arbitralidade dos atos administrativos relacionava-se com a faculdade de arbitralidade dos atos tributários¹ e da imposição de fortes limitações ao controlo da legalidade dos atos administrativos, em sede de Direito Administrativo.

A revisão do CPTA, em 2015, implicou uma alteração do paradigma legislativo em matéria de arbitragem administrativa, prevendo-se a possibilidade de apreciação da legalidade do ato administrativo, pelos tribunais arbitrais, colocando-se assim fim a uma querela doutrinal acerca da admissibilidade da mesma. Contudo, uma interpretação literal do preceito conduzir-nos-ia a subsumir na alçada dos tribunais arbitrais a apreciação da legalidade de todo e qualquer ato administrativo.

* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho e da Universidade Portucalense.

¹ O regime legal da arbitragem tributária foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro.

Face à abrangência legislativa da previsão legal enunciada, o presente trabalho terá como ensejo responder a três questões fulcrais. A primeira consistirá em aferir em que medida os tribunais arbitrais poderão pronunciar-se sobre o mérito e sobre a legalidade do ato administrativo. A segunda, determinar se todos os atos administrativos são arbitráveis. A terceira prender-se-á com a busca de um critério de arbitrabilidade do ato administrativo, sobretudo nas questões relacionadas com a legalidade.

1. Resenha histórica

Para compreendermos a opção legislativa em matéria de arbitragem do ato administrativo, impõe-se desbravar os trilhos percorridos, desde a sua origem até aos dias de hoje.

A arbitragem administrativa, em Portugal, remonta ao início do séc. XX. Surgiu, essencialmente, como forma de dirimir litígios emergentes dos contratos administrativos.

Atualmente, a arbitragem abrange quase todos os domínios da atividade administrativa.

Numa primeira fase, compreendida entre os sécs. XIX e XX, a arbitragem não era uma forma admissível de dirimir conflitos no âmbito do contencioso administrativo. Numa segunda, compreendida entre as décadas de 50 e 80, a arbitragem passou a ser admitida apenas para dirimir litígios provenientes de contratos administrativos.

Do início dos anos 80 até à reforma do contencioso administrativo, em 2004, mais precisamente com a entrada em vigor da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA), surgem os primeiros regimes de arbitragem, quer de arbitragem em geral, quer, especificamente, de arbitragem administrativa. Referimo-nos, concretamente, ao Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) de 1984, à Lei de Arbitragem Voluntária (LAV) de 1986 e ao Código de Procedimento Administrativo (CPA) de 1991.

Era então consensual a admissibilidade da arbitragem no contexto dos contratos administrativos e da responsabilidade civil do Estado por atos de gestão pública.

Já não a dos atos administrativos. O art. 2.º, n.º 2, do ETAF e, posteriormente, o art. 188.º do CPA pressupunham uma nítida divisão, com óbvias consequências no que respeita à arbitrabilidade de conflitos no Direito Administrativo, “entre duas esferas do agir da Administração: regulação paritária (direito privado e direito administrativo paritário: contratos e responsabilidade civil, no âmbito do «contencioso administrativo por atribuição») e regulação do direito administrativo de autoridade (correspondente ao designado «contencioso administrativo por natureza»)). O litígio suscitado na esfera do direito administrativo de autoridade

encontrava-se fora da área de disponibilidade da Administração Pública. Entendia-se que esta não tinha poderes de dispor sobre o conteúdo dos actos administrativos, nem sobre a fiscalização jurisdicional da legalidade”².

Embora tenha ficado definido o âmbito de arbitrabilidade administrativa, com a expressa menção aos litígios emergentes de contratos administrativos e de factos geradores de responsabilidade extracontratual da Administração, não ficou totalmente esclarecida a possibilidade de arbitragem relativamente a litígios suscitados a propósito de atos de execução daquelas relações contratuais. Impunha-se a busca de um critério de arbitrabilidade para uma mais rigorosa definição das matérias arbitráveis.

Em 1986, a LAV veio disciplinar a arbitragem, estabelecendo, no seu art. 1.º, n.º 4, o âmbito subjetivo da arbitragem administrativa. Poderiam celebrar convenções de arbitragem o Estado e as demais pessoas coletivas de Direito Público, desde que para tal estejam autorizadas por lei, ou se elas (convenções) tiverem por objeto litígios respeitantes a relações de Direito Privado.

Por seu turno, em 2004, entra em vigor o CPTA, que, no seu art.180.^{o3}, previa um elenco de matérias passíveis de serem sujeitas a arbitragem administrativa.

Em torno da previsão legal que estabelecia o âmbito objetivo da arbitragem, procurou-se encontrar um critério normativo de arbitrabilidade.

A LAV de 1986 previa, no seu art. 1.º, n.º 5, como critério delimitador das matérias arbitráveis o da disponibilidade de direitos.

Durante muito tempo, entendia-se que o critério vertido no art. 180.º, alínea c), do CPTA seria também o da disponibilidade (de direitos e poderes), o qual restringia de forma intensa as matérias objeto de arbitragem.

A Administração Pública, ao praticar um ato administrativo, atuaria nas suas vestes de autoridade – o que bastaria para estarmos perante uma situação, por regra, indisponível. Na parte em que exercesse poderes de autoridade, a Administração seria, pois, e por definição, titular de situações não suscetíveis de arbitragem.

² PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 574 e 575.

³ O art. 180.º do CPTA de 2002 dispunha que “sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído arbitral para o julgamento de:

- a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de atos administrativos relativos à respetiva execução;
- b) Questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso;
- c) Questões relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva;
- d) Litígios emergentes de relações de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou doença profissional”.

Diferentemente, no âmbito da celebração de um contrato administrativo, existiria à partida uma situação de disponibilidade: "Ao prever-se que a Administração Pública contrate com o particular, admite-se, inclusivamente, que este influencie, de modo efetivo, o desenho do conteúdo da relação jurídica"⁴.

Em sede contratual, a Administração gozaria de uma margem de liberdade para negociar e, por conseguinte, de disposição ou disponibilidade, sendo aqui indiscutível o poder da Administração de derrogar a regra da competência dos tribunais administrativos estaduais.

O critério da disponibilidade, enquanto critério individualizador das matérias arbitráveis, não mereceu a nossa condescendência. Não esqueçamos que, no domínio contratual e de responsabilidade administrativa, a Administração não goza da mesma autonomia que os particulares. Em todos os seus domínios de atuação, a Administração encontra-se circunscrita pelo princípio da legalidade.

Mesmo no uso de poderes discricionários, a Administração não se encontra no domínio da disponibilidade. Não esqueçamos que o único fim que a Administração pode legitimamente prosseguir é o interesse público. Para além disso, existe uma teia de princípios relativos à atividade administrativa que cerceiam a discricionariedade da administração pública.

É imperioso compreender-se que a disponibilidade seria apenas um pressuposto de arbitrabilidade. No âmbito de matérias de foro administrativo arbitráveis, a Administração não transferia o exercício dessa disponibilidade para os árbitros. Como verdadeiros juízes que são, do ponto de vista funcional, estes apenas se encontram incumbidos da árdua tarefa de aplicação do Direito ao caso concreto⁵.

A aplicação deste critério conduziria a uma incongruência. Note-se que a anterior redação do art. 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA permitia a apreciação, pelos tribunais arbitrais, dos atos de execução de contratos e dos atos pré-contratuais.

O critério da disponibilidade revelou-se inútil na definição do leque de matérias arbitráveis.

Outros critérios foram surgindo, tentando mesmo combinar-se alguns deles⁶. No entanto, nenhum foi capaz de determinar, *per se*, o âmbito objetivo da arbitragem administrativa.

⁴ PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo. Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 43.

⁵ Como refere SÉRVULO CORREIA, "não se descobre a ligação necessária entre a influência da vontade das partes sobre as vicissitudes de uma relação jurídica e a influência da vontade das partes para a determinação dos seus litígios", in *A arbitragem Voluntária no Domínio dos contratos administrativos*, in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, 1995, p. 235., nota 10.

⁶ Falamos dos critérios da disponibilidade, da discricionariedade, da patrimonialidade e da revogabilidade do ato administrativo.

Chegamos à conclusão de que todos os critérios deveriam ceder face ao critério legal-positivo: muito simplesmente, seriam arbitráveis as matérias como tal elencadas pelo legislador, e apenas essas.

2. Da apreciação do mérito do ato administrativo

Entendia-se que a anterior redação do art. 180.º, n.º 1, alínea c), nos termos da qual poderiam ser apreciadas pelo tribunal arbitral questões relativas a atos administrativos que pudessem ser revogados sem fundamento na sua invalidade, visava introduzir no ordenamento jurídico-administrativo uma arbitragem de mérito.

Por controlo do mérito de um ato administrativo entende-se a suscetibilidade de averiguar o mérito, conveniência ou oportunidade do ato praticado pela Administração Pública.

Entenda-se que a Constituição atribui à Administração uma margem de autonomia limitada e fundamentada no princípio da juridicidade. Os órgãos jurisdicionais não podem interferir na margem de autonomia pública conferida à Administração, sob pena da violação do princípio da separação de poderes.

Segundo PAULO OTERO, “a autonomia pública constitui uma «reserva de decisão» do poder administrativo, conferida pela lei e isenta de controlo jurisdicional”⁷.

No entanto, houve quem defendesse que os tribunais arbitrais poderiam apreciar do mérito dos atos administrativos. Esta posição encontrava-se escudada no art. 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA, defendendo esta facção doutrinal que a referida disposição legal não determinava apenas os atos administrativos arbitráveis, mas também a competência do tribunal arbitral, no que concerne às matérias aí descritas^{8/9}.

⁷ PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 196.

⁸ Neste sentido, LUIS CABRAL DE MONCADA, “A arbitragem no Direito Administrativo, uma Justiça Alternativa”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2010, p. 173; JOÃO CAUPERS, “A arbitragem na nova justiça administrativa”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 34, 2002, p. 67; JOÃO MARTINS CLARO, “A Convenção de Arbitragem Administrativa”, in *Quarta Conferência – Meios Alternativos de resolução de litígios*, ed. DGAE, Lisboa, 2005, pp. 42-44; PAULO OTERO, “Admissibilidade e limites da arbitragem voluntária nos contratos públicos e nos atos administrativos”, in *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Coimbra, 2009, pp. 88-89.

⁹ Pelo contrário, alguns autores defenderam que “a função da norma da alínea c) do n.º 1 do art. 180.º do CPTA reside, portanto, apenas em identificar os atos administrativos cuja apreciação (da sua legalidade) possa ser submetida a arbitragem, pelo que a citada norma não tem por alcance atribuir aos tribunais arbitrais poderes de apreciação de mérito (da oportunidade ou conveniência) da decisão administrativa, o que, a admitir-se, constituiria uma violação flagrante do princípio fundamental da separação de poderes, dado que à jurisdição administrativa apenas compete julgar do cumprimento pela Administração do princípio da legalidade da atuação administrativa, julgando à luz das regras e princípios jurídicos aplicáveis”, JOÃO PACHECO DE AMORIM, (entre outros), parecer jurídico. “A arbitrabilidade de questões referentes a relações jurídico-administrativas emergentes de atos administrativos desfavoráveis aos particulares”, Porto, 2013, pp. 13-14.

Para este entendimento contribuiu também o art. 1.º, n.º 4, da NLAV, que possibilita a arbitrabilidade de “questões que não tenham natureza contenciosa em sentido estrito”, o que poderia veicular ao entendimento de que os tribunais arbitrais poderiam apreciar do mérito, da conveniência e da oportunidade da atuação administrativa.

Não obstante, esta norma revela-se inaplicável em matéria de arbitragem de ato administrativo, na parte em que faculta aos tribunais arbitrais a apreciação de outras questões que não se relacionem com a legalidade daqueles.

Os tribunais arbitrais, tal como os tribunais judiciais, não poderão julgar do mérito, da conveniência e da oportunidade dos atos administrativos, sob pena de uma ingerência inconstitucional dos tribunais na função administrativa. Os tribunais apenas se encontram incumbidos do exercício da função jurisdicional¹⁰. Subscrevemos esta última posição, pois a Constituição da República Portuguesa (CRP) impede decisões jurisdicionais tomadas ao abrigo do poder discricionário, ou seja, com fundamento no mérito, na conveniência e na oportunidade. Tais decisões encontram-se vedadas ao controlo quer dos tribunais judiciais, quer dos tribunais administrativos.

Os tribunais arbitrais, sendo verdadeiros órgãos jurisdicionais, não podem ser detentores de poderes mais extensos de que os tribunais administrativos¹¹.

Importa referirmos o art. 3.º, n.º 1, do CPTA, normativo que dispõe que “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 atuação”. Sendo o tribunal arbitral um verdadeiro tribunal, que exerce a função jurisdicional, encontra-se também ele sujeito à aplicação estrita da lei, não podendo interferir nas competências da Administração, sob pena de violação do princípio de separação de poderes¹².

¹⁰ Esta posição encontra-se intimamente ligada à tradicional conceptualização do critério da disponibilidade enquanto critério de arbitrabilidade no Direito Administrativo, “sendo passíveis de ser submetidas à apreciação de árbitros as questões de Direito Administrativo que, por não dizerem respeito ao exercício de poderes públicos, não teriam de ser dirimidas por estrita aplicação de disposições vinculativas e, no próprio âmbito do exercício de poderes públicos, aquelas em que não houvesse vinculação legal, por a Administração beneficiar de mais ou menos amplas margens de discricionariedade: essas seriam, pois, as questões cuja resolução se encontraria na disponibilidade da Administração”, MARIO AROSO DE ALMEIDA, “Arbitragem e Direito Administrativo – Algumas Considerações”, Newsletter do CAAD, n.º 1, 2013, p. 13.

¹¹ A este propósito, Fausto Quadros refere que “a discricionariedade é indisponível para a Administração. Já os tribunais do Estado não podem substituir-se à Administração no exercício desses poderes. Pelas mesmas razões, também os tribunais arbitrais não o podem fazer. De outra forma, seriam infringidos os princípios da legalidade e da separação de poderes”, FAUSTO DE QUADROS, “Arbitragem «necessária», «obrigatória», «forçada»: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2012, p. 264.

¹² O art. 180.º, n.º 1, alínea c), “não deve ser interpretado no sentido de possibilitar a constituição de tribunais arbitrais aptos a formular juízos de mérito, em substituição da administração, quanto aos termos do exercício do poder discricionário desta quanto aos atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva”, MÁRIO AROSO

Para além disso, os tribunais arbitrais encontram-se igualmente vinculados às normas que regulam o contencioso administrativo. O princípio da separação de poderes impõe o respeito pelas decisões administrativas tomadas ao abrigo do poder discricionário¹³. Não deverá admitir-se uma “arbitragem de mérito”, mas antes uma “arbitragem de juridicidade”. Os tribunais arbitrais, embora não possam interferir na esfera de atuação discricionária da Administração, poderão apreciar o cumprimento dos limites do poder discricionário, *maxime*, dos limites externos por aquela. Falamos da competência de apreciação da conformidade dos atos discricionários com os princípios constitucionais e legais limitadores daquele poder.

Para além dos limites externos, outros cerceiam a margem de decisão conferida à Administração, os limites internos. Estes consubstanciam-se em normas que estatuem requisitos e pressupostos de validade à atuação administrativa. O fim a prosseguir e a competência encontram-se, inequivocamente, definidos na lei. A própria vontade da Administração na prática do ato deverá ser livre, sob pena de o ato padecer de um vício de vontade, e, por fim, a margem de decisão deve estar prevista na lei, em cumprimento do princípio da legalidade, na sua dimensão de precedência de lei.

Hoje, face à atual redação do art. 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA, é indubitável que os tribunais arbitrais poderão pronunciar-se sobre questões de legalidade estrita que possam ser suscitadas a propósito do exercício do poder discricionário pela Administração. Se assim não se entendesse, permitir-se-ia uma inadmissível amputação dos seus poderes de controlo da conformidade da atuação administrativa com as regras e princípios jurídicos que lhe são aplicáveis.

Em suma, se um ato administrativo desrespeitar no seu conteúdo discricionário os princípios gerais da atividade administrativa, bem como qualquer limite interno, poderá o tribunal arbitral pronunciar-se acerca de tal. Não poderemos é conceber a ingerência do poder jurisdicional no âmbito da função administrativa. Não nos parece aceitável que os critérios de valoração aplicados pelo órgão administrativo no âmbito do exercício de poderes discricionários possam ser sindicados pelos tribunais.

A difícil tarefa interpretativa do art. 180.º, alínea c), do CPTA foi atenuada com a atual redação do preceito. No nosso entendimento, o legislador dissipou quaisquer tipos de dúvidas sobre a admissibilidade de uma “arbitragem de mérito”. O legislador refere-se tão-só à possibilidade de apreciação da legalidade dos atos administrativos pelos tribunais arbitrais.

DE ALMEIDA, “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2012, p. 22.

¹³ As normas do CPTA reforçam a ideia: arts. 71.º, n.º 2, 95.º, n.º 5, 168.º, n.º 2, e 179.º, n.º 1.

3. Da apreciação da legalidade do ato administrativo

3.1. Enquadramento

A apreciação da legalidade dos atos administrativos pelos tribunais arbitrais foi uma questão muito debatida ao longo dos tempos. O regime legal era caracterizado por profundas incongruências que não flexibilizavam o entendimento doutrinário.

O art. 180.º do CPTA, na sua anterior redação, apenas admitia o julgamento da legalidade de atos administrativos pelo tribunal arbitral no caso de atos relativos à execução dos contratos e atos pré-contratuais, ambos subsumíveis no art. 180.º, n.º 1, alínea a), do mesmo diploma.

Inferia-se da construção legal daquele normativo que o legislador apenas admitia a apreciação da legalidade de atos administrativos que dissessem respeito a contratos, solução que não se compreendia.

Denotava-se igualmente uma total incoerência lógica do legislador, ao permitir expressamente, no art. 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA, a possibilidade de apreciação dos atos administrativos que não pudessem ser revogados com fundamento em invalidade.

Como refere AROSO DE ALMEIDA, “se o legislador for contrário à arbitragem sobre atos administrativos, deve excluir tal possibilidade. Mas se não for, então não se vê por que razão apenas há-de permiti-la em relação aos atos contemplados na alínea c) do n.º 1 do art. 180.º do CPTA”¹⁴.

Diagnosticava-se dois tipos de incongruências. Em primeiro lugar, no seio do Direito Administrativo, incompreensivelmente, admitia-se a arbitrabilidade da legalidade dos atos administrativos referentes ao âmbito contratual e excluía-se da esfera de competência do tribunal arbitral o controlo da legalidade de todos os outros.

A outra incongruência prendia-se com a faculdade de arbitrabilidade da quase totalidade dos atos tributários e da imposição de fortes restrições ao controlo da legalidade dos atos administrativos, em sede de Direito Administrativo.

O contexto legal reclamava uma profunda alteração no que concerne à arbitragem administrativa e respetivo âmbito material.

Entendemos que, face aos interesses em jogo, o legislador tenha sido cauteloso, sobretudo pela desconfiança ainda sentida quanto aos tribunais arbitrais, apesar da sua natureza jurisdicional.

¹⁴ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Arbitragem e Direito Administrativo – Algumas Considerações*, cit., p. 24.

3.2. Os tribunais arbitrais e a função jurisdicional

É opinião unânime que a função jurisdicional não se encontra exclusivamente reservada aos tribunais estaduais, podendo esta situar-se fora da judicatura estadual.

É, da mesma forma, consentâneo que os tribunais arbitrais exercem legitimamente a função jurisdicional. A *iurisdictio* não é exclusiva dos juízes, podendo certos litígios ser decididos por árbitros, em razão de convenção celebrada pelas atuais ou futuras partes ou litigantes ou de disposição legal expressa¹⁵.

A admissibilidade/configuração de uma jurisdição extraestadual pressupõe uma visão pluralista “do direito e da justiça e no princípio de que a resolução de conflitos, através de instrumentos de hétéro-composição, pode ser «deixada» no domínio da autonomia privada num «espaço social» e não estadual”¹⁶.

A existência dos tribunais arbitrais encontra-se hoje, de todo o modo, expressamente garantida pelo art. 209.º, n.º 2, da CRP: desde 1982 que a nossa lei fundamental os prevê, incluindo-os na categoria de tribunais. Assim, refere o mencionado preceito constitucional (cuja epígrafe é “Categorias de tribunais”), no seu n.º 2, que “podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz”.

Apesar de ser admitida a existência dos tribunais arbitrais pela Constituição, estes não devem ser considerados iguais aos tribunais estatais: segundo o legislador, apenas estes últimos são verdadeiros “órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”¹⁷.

Esta afirmação do legislador não nega àqueles a qualificação de verdadeiros tribunais. É certo que a ausência de um verdadeiro enquadramento sistemático dos tribunais arbitrais no sistema judiciário nacional poderia ser vista como um indício da ideia de monopólio da jurisdição do juiz e dos tribunais; no entanto, entendemos haver, tão-só, uma cisão orgânico-funcional relativamente aos restantes órgãos de soberania¹⁸.

É, pois, pacífica, nos tempos que correm, a existência, a par do Estado, de outros órgãos jurisdicionais, baseados seja em convenções de direito internacional, seja na lei, sempre “tendo em conta os espaços de internormatividade e pluralismo jurídico (ex.: tribunais eclesiásticos, tribunais desportivos, tribunais de ordens profissionais)”¹⁹.

¹⁵ Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 52/92 e n.º 230/2013.

¹⁶ PEDRO GONÇALVES, “Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio geral da irrecorribilidade de sentenças arbitrais”, in *Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 779.

¹⁷ Cfr. art. 202.º, n.º 1, da CRP.

¹⁸ J. J. GOMES CANOTILHO *et al.*, *Constituição da República Portuguesa – Anotada – Volume II* (Artigos 108.º a 296.º), 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 507.

¹⁹ *Idem, ibidem*.

Aceitar estes meios alternativos de resolução de litígios não implica, em particular no domínio da arbitragem, a privatização da função jurisdicional, mas sim uma estratégia de cooperação do Estado com entes particulares²⁰.

Não podemos negar que os tribunais arbitrais cumprem a mesma missão confiada aos tribunais da judicatura estadual e assumem com igual nível de comprometimento o desiderato fundamental cometido aos segundos, que é o da aplicação do direito ao caso concreto. Revelam-se os primeiros como extensões operativas dos segundos, que, além de outros propósitos, dinamizam/imprimem eficiência no sistema jurisdicional global de um país.

Os tribunais arbitrais não fazem parte da jurisdição estadual, porquanto não integram a organização do Estado, antes constituindo uma jurisdição própria, especial, *suis generis*, "inteiramente privada e consensual"²¹, a jurisdição arbitral²².

Fala-se, pois, e, a nosso ver, com toda a legitimidade, da existência de uma verdadeira jurisdição. Note-se que na expressão *jurisdição* muito mais existe para além da sua componente formal, assumindo o termo, entre nós, um significado com particular importância. Refira-se, a este respeito, "a asserção da doutrina alemã segundo a qual a jurisdição não é apenas a função estadual reservada aos órgãos estaduais do terceiro poder. Ao invés, função jurisdicional ou jurisdição apresenta-se como uma «Oberbegriff», que, além da estadual, inclui a jurisdição não estadual e, muito particularmente, a jurisdição que se localiza fora do Estado"²³.

Ademais, a jurisdição arbitral, caracterizada, no seu sentido estrito, como jurisdição privada e convencional, é, atualmente, mais do que uma exceção à jurisdição estadual, uma alternativa a esta última^{24/25}.

O reconhecimento constitucional da jurisdição arbitral, remete-nos para a ideia de que inexistente uma reserva material absoluta da jurisdição administrativa no ordenamento jurídico português. Embora a interpretação literal do art. 212.º, n.º 3, da CRP pudesse conduzir a um entendimento contrário, não podemos dei-

²⁰ *Idem, ibidem*.

²¹ PEDRO GONÇALVES, *Administração Pública e arbitragem...*, cit., p. 779.

²² "Sem integrar a função jurisdicional, a arbitragem afasta-se da recondução dos mecanismos jurisdicionais arbitrais à simples lógica contratual. É esta, de resto, a justificação para a existência de limites expressos à constituição de tribunais arbitrais (reserva jurisdicional dos tribunais do Estado). A evolução mais recente aponta, porém, no sentido de ser o Estado a dar a «função» judicial a tribunais arbitrais obrigatórios e a tribunais arbitrais em litígios jurídico-administrativos (...)", J. J. GOMES CANOTILHO *et al.*, *Constituição da República Portuguesa...*, cit., p. 507.

²³ PEDRO GONÇALVES, *Administração Pública e arbitragem...*, cit., p. 778.

²⁴ Escreve CHARLES JARROSSON, que "a arbitragem é uma jurisdição: o que resulta não apenas dos poderes dos árbitros e das regras que regulam a sua missão. Mas também dos efeitos que a sua competência produz sobre outras jurisdições", in *La Notion d'Arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, p. 101.

²⁵ Os árbitros encontram-se investidos numa verdadeira função jurisdicional, fomentada por normativos/comandos jurídicos de origem contratual. De facto, as funções desempenhadas pelo árbitro ou pelo juiz são idênticas, diferindo apenas na origem. As funções exercidas pelo árbitro têm, via de regra, origem na vontade das partes, ao passo que a função do juiz tem origem na lei. Neste sentido, RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique*, LGDJ, 1965, pp. 245 e ss., *apud* CHARLES JARROSSON, *La Notion d'Arbitrage*, cit., pp. 101 e 102.

de atender ao elemento sistemático de interpretação, conjugando o preceito com o art. 209.º da Constituição, o qual reconhece os tribunais arbitrais, consagrando a sua natureza jurisdicional^{26/27}.

Outros tribunais, para além dos administrativos, podem julgar em matéria administrativa, desde que seja respeitado o núcleo material caracterizador dos tribunais administrativos²⁸. Contudo, tal não significará que se possa deslocar de forma plena a competência material dos tribunais estaduais para os tribunais arbitrais.

3.3. Critério de arbitrabilidade do ato administrativo – Da fundamentalidade dos direitos

Face à atual redação do art. 180.º, alínea c), do CPTA, impõe-se-nos averiguar se os tribunais arbitrais poderão julgar da legalidade de todo e qualquer ato administrativo ou se, pelo contrário, determinados atos administrativos deverão ser subtraídos ao juízo arbitral.

Não poderemos olvidar que a CRP incumbe o Estado da defesa dos direitos, liberdades e garantias, nos termos do seu art. 9.º, alínea b). No quadro do princípio da separação de poderes, aquela garantia é assegurada pelo poder jurisdicional.

Apesar de os tribunais arbitrais constituírem uma instância jurisdicional, os tribunais administrativos não poderão demitir-se da tarefa de administração da justiça, sobretudo quando esta vise a proteção daqueles direitos^{29/30}.

²⁶ Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal, cit., p. 7; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.º ed. (reimpressão), Coimbra, 1986, pp. 1285-1286.

²⁷ Neste sentido, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação Administrativa à Jurisdicção*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 1060, e CLÁUDIA FIGUEIRAS, *Justiça Tributária*, Coimbra, Almedina, 2018, no prelo, p. 364.

²⁸ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Justiça Administrativa*, 14.º ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 95, e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra, Almedina, 2007, p. 149.

²⁹ Para VIEIRA DE ANDRADE, a delimitação do conceito de Direito Fundamental poderá fazer-se recorrendo-se a três elementos: pelo seu radical subjetivo – os direitos fundamentais reconduzem-se a posições jurídicas subjetivas atribuídas a indivíduos; pela sua função de garantia de determinados bens considerados essenciais ou primários; e, por fim, pela sua intenção específica: a explicitação de uma ideia de Homem, que se manifesta no princípio da dignidade da pessoa humana e na autonomia ética da pessoa, enquanto ser livre e responsável – in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.º ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 79.

³⁰ Na esteira de JOEL TIMÓTEO RAMOS PEREIRA, "[n]ão há sociedade democrática sem poder judicial: este é o garante de um efetivo controlo da constitucionalidade das leis, como da legalidade dos atos da administração, constituindo mesmo a base da indispensável separação de poderes, cabendo-lhe igualmente assegurar a defesa dos direitos, liberdades e garantias", in "O futuro legislativo dos Julgados de Paz", in *I Convenção Resolução Alternativa de Litígios (RAL). Quinta conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios. Segundo Encontro sobre Mediação no espaço dos Países de língua Portuguesa*, ed. By Ministério da Justiça, Direção-Geral da Administração Extrajudicial, 1.º ed, Lisboa, Agora Comunicação, 2007, p. 65., apud CLÁUDIA FIGUEIRAS, *Justiça Tributária*, cit., p. 373.

Em suma, o controlo da legalidade de atos administrativos que contendam com direitos, liberdades, garantias e direitos análogos não poderá deixar de se encontrar na esfera de jurisdição estadual³¹.

Deverão ressaltar-se "as situações que, por contenderem com mais relevantes interesses públicos ou dizerem respeito a interesses indisponíveis dos particulares nas suas relações com a Administração (*maxime*, direitos, liberdades e garantias), deveriam ser reconhecidas como sendo objeto de uma reserva constitucional da jurisdição do Estado e, como tais, vedadas à arbitragem"³².

Somos do entendimento que não caberá aos tribunais arbitrais a apreciação de atos administrativos de natureza agressiva da esfera jurídica do particular, que contendam com direitos, liberdades, garantias e direitos análogos. Atentemos nos atos punitivos e contraordenacionais. Face à importância dos valores fundamentais subjacentes, o próprio legislador prestou-lhes acrescida importância, reconhecendo o estatuto constitucional de direitos procedimentais que lhes digam respeito. A preterição do direito de audiência prévia, nestas situações, corresponderá à ofensa do conteúdo essencial de um direito fundamental, nos termos dos arts. 269.º, n.º 3, da CRP e 161.º, alínea d), do CPA.

Também os atos administrativos feridos de vício material de violação de lei, consubstanciados na violação de direitos, liberdades, garantias e direitos análogos, deverão ser subtraídos à competência arbitral, pelas mesmas razões já enunciadas.

Na mesma esteira, a apreciação da legalidade de atos administrativos nulos, que representem a ofensa ao conteúdo essencial de um direito fundamental, deverá constituir também uma reserva absoluta da judicatura estadual.

Face à essencialidade das matérias *sub judice*, a apreciação da legalidade de atos administrativos que com elas contendam deverá subtrair-se ao foro arbitral.

Vejamos algumas situações nas quais se concretiza o exposto. No âmbito do contencioso eleitoral, encontram-se em jogo direitos jusfundamentais, o direito a eleger e a ser eleito, o direito de sufrágio, o direito de participação política, entre outros. Todo o contencioso desenrolar-se-á em torno do princípio fundamental do Estado de Direito Democrático, cuja garantia é uma tarefa incumbida constitucionalmente ao Estado. Nos termos do art. 9.º, alínea b), da CRP, os tribunais estaduais deverão ser os guardiões da Constituição e dos direitos fundamentais, não sendo de se aceitar a derrogação da competência dos tribunais estaduais nesta matéria.

³¹ A este propósito, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, "A arbitragem no projeto de revisão do CPTA", in *Revista Julgar*, n.º 26, 2015, p. 106.

³² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal", cit., p. 26.

Também a legalidade das questões que se prendam com os direitos da imigração, nacionalidade e direito de asilo deverá encontrar-se excluída da competência material dos tribunais arbitrais. A sua fundamentalidade resulta do art. 16.º da CRP, que admite que “poderá haver outros direitos que, se assumirem o mesmo significado ético e axiológico dos direitos formalmente plasmados na Constituição, deverão considerar-se também direitos fundamentais constitucionalmente protegidos”³³.

No âmbito do direito de asilo, estão em causa sujeitos com fundado receio de perseguição e ofensa grave de direitos, liberdades e garantias, art. 33.º, n.º 8, da CRP. Na hipótese de recusa do direito de asilo, colocam-se em evidência outros direitos fundamentais com aquele conexas, o direito das crianças à proteção do Estado, direito à proteção das vítimas de certos crimes, proibição da discriminação, direito à liberdade de expressão, direito à liberdade religiosa e, em última instância, o direito à vida³⁴.

A tutela dos direitos, liberdades e garantias não poderá deixar de pertencer aos tribunais estaduais que “administram a justiça em nome do povo”, incumbindo-lhes a defesa, em última instância, da liberdade e dignidade dos cidadãos. A própria Constituição, no seu art. 20.º, n.º 5, impõe “ao legislador ordinário um dever especial de regulação dos procedimentos judiciais quando esteja em causa a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais”³⁵. Atendendo-se à relevância e preocupação, suscitada pela natureza fundamental de determinados direitos, a Constituição criou um especial dever de regulamentação dos procedimentos judiciais que com aqueles contendam. Entendemos que a Lei Fundamental apenas se refere aos procedimentos judiciais que corram os seus trâmites nos tribunais estaduais. No foro arbitral, não existe qualquer procedimento específico para defesa de direitos, liberdades e garantias; tal incumbência não poderá deixar de ser atribuída à esfera estadual, que a concretizará através dos seus tribunais.

Um outro argumento favorável à necessidade imperiosa de subtração de determinadas matérias fundamentais da apreciação do foro arbitral relaciona-se com o princípio da irrecorribilidade das decisões arbitrais, aplicável às arbitragens *ad hoc*³⁶. O art. 39.º, n.º 4, da LAV prescreve que as decisões arbitrais só são suscetíveis de recurso para o tribunal estadual competente, no caso de as partes expressamente preverem tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que o litígio não tenha sido decidido com base na equidade ou por composição amigável³⁷.

³³ ANA RITA GIL, *Imigração e Direitos Humanos*, Lisboa, Petrony, 2017, pp. 584 e 585.

³⁴ *Idem*, pp. 530 e ss.

³⁵ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 369.

³⁶ A LAV está conforme com o disposto no art. 181.º, n.º 1, do CPTA e é de aplicação subsidiária relativamente a este último, com as necessárias adaptações.

³⁷ Defendemos que, não obstante, o princípio da irrecorribilidade das decisões arbitrais administrativas colide, a nosso ver, diretamente com o princípio de acesso ao Direito, por se verificar uma

Do ponto de vista garantístico a impossibilidade de reapreciação da decisão arbitral poderá comprometer de forma grave a proteção de direitos fundamentais dos cidadãos. Tal não se afigura razoável. A Carta Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, consagra o direito de acesso aos tribunais, quando prevê, no seu art. 8.º, que "toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os Direitos Fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei".

A concretização deste princípio passará, necessariamente, pela restrição de atos administrativos que contendam com direitos fundamentais à competência dos tribunais arbitrais.

Concluimos que a previsão normativa do art. 180.º, alínea c), do CPTA afigura-se demasiado ampla. A sua interpretação literal poderia conduzir ao entendimento de que todo e qualquer ato administrativo são arbitráveis. No entanto, não podemos ignorar que alguns atos administrativos incidem sobre direitos de natureza essencial e fundamental. O Estado não poderá demitir-se da tarefa de tutela daqueles direitos, transferindo totalmente essa competência para a jurisdição arbitral. Não é possível conceber-se a prossecução do interesse público e a tutela dos direitos fundamentais sem a intervenção do Estado.

clara diferença entre o processo arbitral e o processo judicial, no que toca ao acesso ao Direito, mais concretamente no que se refere ao princípio do duplo grau de jurisdição. Referimo-nos à vertente da violação do princípio da igualdade de armas, atentatório de direitos, liberdades e garantias. A aplicação estrita do princípio da irrecorribilidade previsto no art. 39.º, n.º 4, da LAV entra, a nosso ver, numa rota de colisão com o princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, previsto no art. 4.º do CPA.

Não nos parece que a regra da irrecorribilidade deva ser aplicada à arbitragem administrativa, por ter a Administração como limite e fim da sua atuação o interesse público, sobre o qual não tem poder de disposição.

Sem prejuízo do enunciado, importa ainda referir que o princípio de acesso ao Direito e aos tribunais, plasmado no art. 20.º da Constituição, não pode aqui ser preterido, sob pena de inconstitucionalidade.

Contributo dos Tribunais Arbitrais Tributários para a uniformização da interpretação do regime comum do IVA

TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA *

I. Considerações iniciais

O presente artigo tem por objeto a análise do contributo dos Tribunais Arbitrais Tributários (TAT) para a promoção da uniformização da interpretação do regime comum do imposto sobre o valor acrescentado (IVA), na União Europeia.

O sistema comum do IVA, que se encontra essencialmente previsto na Diretiva IVA¹, não impõe uma uniformização de regimes equiparável à aplicável em matéria aduaneira. A harmonização europeia do regime de IVA ficou aquém do que seria recomendável para a prossecução do objetivo expresso, desde logo, no Tratado de Roma, de criação de um mercado comum, sem barreiras internas à livre circulação de bens, ao deixar uma margem de conformação significativa aos Estados-Membros, especialmente no que se refere às taxas aplicáveis. Na União, convivemos, atualmente, com taxas de IVA que variam entre o mínimo de 2,1%, em França, e o máximo de 27%, na Hungria, prevendo-se ainda uma multiplicidade de taxas reduzidas e intermédias². Com efeito, um regime de IVA que deveria ser comum a todos os Estados-Membros acabou, na prática, por carecer da intermediação de um instrumento normativo interno dos Estados-Membros, o que se traduziu numa multiplicidade de regimes de IVA nacionais, que refletem as especificidades e os interesses locais. No plano da arrecadação, o IVA é o imposto indireto mais relevante a nível europeu, apresentando-se ainda como o paradigma da tributação do consumo a nível internacional³. À relevância prática

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e *Head of Tax* no Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD).

¹ Diretiva n.º 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, que sucedeu à Sexta Diretiva – Diretiva n.º 77/388/CEE do Conselho, de 17 de maio de 1977.

² Cf. documento publicado pela Comissão, *VAT rates applied in the Member States of the European Union, situation at 1st July 2018*, Taxud.c.1 (2018) EN, disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/vat/...vat.../rates/vat_rates_en.pdf.

³ De acordo com os dados da OCDE, as receitas fiscais do IVA vêm aumentando progressivamente desde a respetiva introdução, em virtude do reforço da tributação do consumo, sendo o paradigma da tributação do consumo em mais de 150 países no mundo. A nível internacional, resistem à introdução do IVA países como os EUA, o Brasil e os Emirados. Angola encontra-se, neste momento, em processo de introdução do IVA. Sobre este tema, cf. RICHARD M. BIRD, “Commentary in Dimensions of Tax Design”, in *The Mirlees Review*, Institute for Fiscal Studies, Oxford University Press, Clarendon Oxford, 2010, p. 363.

e teórica deste *wonderful tax*⁴ está, necessariamente, associado um elevado potencial de litigiosidade que, desde 2011, em Portugal, passa também pela arbitragem tributária⁵.

A arbitragem tributária foi introduzida no ordenamento jurídico nacional em 2011, tendo em vista a prossecução de três objetivos fundamentais: reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos, imprimir maior celeridade na resolução dos litígios que opõem a administração tributária aos sujeitos passivos e contribuir para a redução das pendências nos Tribunais Administrativos e Fiscais (TAF). A ambição legislativa expressa no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, que aprovou o Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (RJAT), acabou, todavia, por ser circunscrita no corpo normativo do diploma à fase declarativa do processo tributário, mais propriamente à impugnação judicial de atos de liquidação de tributos. No recorte legal do regime que acabaria por entrar em vigor em Portugal, o âmbito de competência dos TAT foi significativamente reduzido, quando comparado com o dos TAF, em razão da matéria, mas também do valor dos litígios arbitráveis⁶. A circunscrição do objeto do presente artigo importa, por isso, a delimitação dos termos precisos em que foi recortado o âmbito de competência dos TAT.

No quadro normativo em apreço, a arbitrabilidade do IVA devido pelas operações internas e intra-UE não merece contestação no plano técnico e doutrinário, persistindo, todavia, a dúvida sobre a questão de saber se o IVA devido pela importação de bens em território nacional está, ou não, excluído do âmbito de vinculação da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) à arbitragem. Até ao momento em que se escreve, foram publicadas no site do CAAD 326 decisões arbitrais em matéria de IVA, das quais apenas duas correspondem a pretensões relativas ao IVA devido pela importação de bens em território nacional. Os TAT têm-se julgado competentes para apreciar as pretensões relativas aos IVA devido pelas operações internas e intra-UE, mas julgaram-se incompetentes em ambos

⁴ RICHARD LYAL, "VAT It's a Wonderful Tax", in *Recent Developments in Value Added Tax: The Evolution of European VAT Jurisprudence and its Role in the EU Common VAT System*, editors: Michael Lang, Pasquale Pistone, Joseph Schuch, Claus Staringer, Donato Raponi; Linde Verlag, Wien, 2014, pp. 13-19

⁵ JOACHIM ENGLISCH, "Development of the EU VAT System", in *Recent Developments in Value Added Tax...*, cit., pp. 21-31; e DONATO RAPONI e ARTHUR KERRIGAN, "Introduction: The Growth in VAT Cases", in *Recent Developments in Value Added Tax...*, cit., p. 1-12.

⁶ Sobre a delimitação *finis* do âmbito de competência dos TAT, cf., entre outros, NUNO VILLA-LOBOS e TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA, "Arbitragem Tributária: breves notas", in *A Arbitragem Administrativa e Tributária: problemas e desafios*, Almedina, 2013, pp. 375-388; JORGE MANUEL LOPES DE SOUSA, "Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária", in *Guia da Arbitragem Tributária*, Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira (coords.), 3.ª ed., Almedina, 2017, pp. 95-240; ROSÁRIO ANJOS, "O âmbito material da arbitragem tributária à luz da jurisprudência arbitral", in *Revista Arbitragem Tributária n.º 2*, janeiro 2015, pp. 12-17; SÉRGIO BRIGAS AFONSO, "Mercadorias sujeitas a direitos de importação", in *Revista Arbitragem Tributária n.º 2*, janeiro 2015, pp. 23-28; e BRUNO SANTIAGO E DIOGO PINTO, "Sobre a possibilidade de submeter à arbitragem liquidações de imposto de valor superior a 10 milhões de euros", in *Re-vista Arbitragem Tributária n.º 8*, janeiro 2018, pp. 18-22.

os casos em que foram chamados apreciar pretensões relativas ao IVA devido pela importação. A análise da arbitrabilidade de pretensões em matéria de IVA será, por isso, restringida ao IVA devido pela importação, matéria relativamente à qual persistem dúvidas fundamentadas em face do quadro normativo vigente.

Em face do exposto, o contributo dos TAT para a promoção da uniformização da interpretação do regime comum do IVA terá de ser apreciado tendo em consideração a delimitação do âmbito de competência dos TAT, os termos em que a AT se vinculou a esta jurisdição, assim como a jurisprudência arbitral entretanto firmada sobre a questão em apreço. A própria natureza das normas de exclusão ou delimitação negativa do âmbito de competência dos TAT será objeto de apreciação no presente artigo, com o objetivo de lançar alguma luz sobre a arbitrabilidade do IVA devido pela importação. O âmbito de competência dos TAT releva ainda como uma das características de regime a ponderar na apreciação da admissibilidade de um pedido de reenvio prejudicial apresentado por um TAT voluntário e o respetivo reconhecimento como interlocutor direto do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ).

II. Arbitrabilidade do IVA devido pela importação de bens

O âmbito de competência dos TAT está limitado, numa primeira linha, às matérias indicadas no art. 2.º, n.º 1, do RJAT e, em segunda linha, pelos termos em que a AT se vinculou àquela jurisdição⁷, mediante portaria conjunta dos ministros responsáveis pelas áreas da justiça e das finanças, em execução do comando normativo previsto no n.º 1 do art. 4.º do RJAT⁸. Nos termos do art. 2.º, n.º 1, deste diploma, os TAT são competentes para declarar a ilegalidade de atos de liquidação, autoliquidação e retenção na fonte de tributos e para declarar a ilegalidade de atos de fixação da matéria tributável, quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo, de atos de determinação da matéria coletável e de atos de fixação de valores patrimoniais. Por sua vez, na Portaria de Vinculação,

⁷ Cf. art. 4.º do RJAT e Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março. Sobre a vinculação da AT, cf. JOÃO OCHÔA, "Vinculação da autoridade tributária e aduaneira à arbitragem tributária: recurso necessário a reclamação graciosa", in *Revista Arbitragem Tributária* n.º 5, junho 2016, pp. 35-41. Sobre a natureza voluntária da arbitragem tributária, cf. NUNO VILLA-LOBOS e TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA, "A natureza especial dos Tribunais Arbitrais Tributários", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. VII, 2014, pp. 100 e ss.

⁸ O n.º 1 do art. 4.º do RJAT estabelece que a vinculação da AT à jurisdição dos TAT seja prevista em portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça, remetendo, expressamente, e sem restringir, para o mesmo diploma normativo o estabelecimento do tipo e o valor máximo dos litígios abrangidos. Em face da letra da lei, o legislador previu nesse n.º 1 do art. 4.º o instrumento jurídico através do qual a AT se vinculou à jurisdição arbitral, deixando-lhe uma certa margem de conformação dos termos concretos dessa mesma vinculação. Com efeito, não parece resultar expressamente do disposto no mesmo normativo legal uma restrição do âmbito subjetivo da vinculação à jurisdição arbitral, não estando, por isso, excluída a possibilidade de outras entidades públicas se vincularem à arbitragem tributária nos termos.

foi prevista uma *vinculação genérica* da AT à arbitragem tributária da qual excluiu, entre outras, todas as pretensões relativas "a direitos aduaneiros sobre a importação e demais impostos indiretos que incidam sobre mercadorias sujeitas a direitos de importação"⁹. A exclusão do âmbito de vinculação da AT e, conseqüentemente, do âmbito de competência dos TAT destas últimas pretensões importa, nos termos da Portaria, a verificação cumulativa de três requisitos, a saber: (i) que sejam pretensões relativas a impostos indiretos, (ii) que esses impostos incidam objetivamente sobre mercadorias e (iii) que essas mercadorias estejam sujeitas a direitos de importação. Requisitos normativos que, como melhor se analisou noutra sede¹⁰, se encontram preenchidos quando se trata de pretensões relativas aos impostos especiais sobre o consumo (IEC) devidos pela importação, mas cujo preenchimento em sede de IVA suscitam fundadas dúvidas. Chamados a pronunciar-se sobre a questão da arbitrabilidade das pretensões relativas ao IVA devido pela importação, os TAT julgaram-se incompetentes nos Processos Arbitrais n.º 94/2013-T e n.º 123/2013-T. No primeiro aresto, o TAT considerou que "pela *littera legis*, não se entrevê que a incidência de impostos indiretos sobre mercadorias não decorra ou não possa decorrer da tributação das operações que têm tais mercadorias por objeto. Dir-se-á até que na grande maioria das situações de tributação indireta (de que o IVA é hoje o indiscutível arquétipo) a sujeição a imposto dos bens ou serviços se efetiva no âmbito das operações jurídicas ou meramente materiais de transmissão ou de movimentação, ou seja, na sua dimensão dinâmica. E não é por essa razão (*i.e.*, porque o facto tributário é a importação, a transmissão ou a importação) que os bens deixam de ser o objeto, imediato ou mediato, da tributação continuando a constituir o valor de tais bens – transaccional ou objetivo consoante os casos – o critério de eleição da medida (*quantum*) da incidência. Assim, uma interpretação literal positiva coloca no âmbito da previsão normativa (que relembramos apela a «*impostos indiretos que incidam sobre mercadorias*») o IVA que incide sobre importações de bens, pois se trata efetivamente de um imposto indireto, que incide sobre os bens importados, em razão da respetiva importação". Mais entendeu o TAT que "a tributação indireta (e portanto o IVA) incide sobre bens e serviços é um dado, sendo que a mesma opera no caso dos bens, por via de regra, e como já salientado, por referência às operações de transmissão ou movimentação dos bens sem que, por isso, se deva considerar que esses bens ou serviços deixam de ser o objeto material da incidência tributária. Aliás, para efeitos de IVA existem apenas quatro categorias objetivas sujeitas a tributação que não prescindem da referência expressa aos bens (transmissão, aquisição intracomunitária e importação) ou aos serviços (prestação de) sobre que incidem (cf. artigos 1.º, n.º 1, 3.º e 4.º do Código do

⁹ Cf. arti. 2.º, alínea c), da Portaria de Vinculação.

¹⁰ Em sentido oposto, cf. TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA, "Arbitrabilidade do IVA na Importação", in *Cadernos IVA 2015*, Almedina, 2015.

IVA)". Concluindo, em conformidade, que o IVA é "um imposto indireto que incide sobre bens (incluindo mercadorias) seja na sua importação, transmissão ou aquisição intracomunitária. Tal interpretação literal resulta validada e fortalecida pelo elemento teleológico. Com efeito, uma das razões de ser (diríamos que, eventualmente, a principal) da exclusão da arbitrabilidade das pretensões relativas a direitos aduaneiros e aos demais impostos indiretos que incidam sobre mercadorias sujeitas a direitos de importação é o da submissão destes direitos e impostos indiretos a regras comunitárias uniformes de aplicação direta (por via de Regulamento) que não podem ser afastadas por regulamentação divergente dos Estados-Membros, designadamente pelo RJAT". Na decisão arbitral proferida no âmbito do Processo Arbitral n.º 123/2013-T, o TAT seguiu o entendimento expresso no Processo Arbitral n.º 94/2013-T.

Com o devido respeito, reconhecendo a pertinência dos argumentos aduzidos pelo TAT e a necessidade premente de clarificação da redação normativa, não se acompanha a estrutura argumentativa dos arestos arbitrais. O IVA é um imposto indireto, devido na importação com a entrada em território nacional de bens, com origem ou proveniência de territórios ou países terceiros, com a respetiva introdução em livre prática e consumo. Por definição, o IVA é um imposto plurifásico, que opera através do método subtrativo indireto que lhe assegura a neutralidade ao evitar efeitos cumulativos. Com efeito, o IVA incide sobre todas as fases do processo produtivo, tributando apenas o valor acrescentado em cada uma das fases do circuito económico do bem, repartindo, dessa forma, o encargo fiscal¹¹. A delimitação da incidência objetiva do imposto e do facto gerador não poderia, por isso, ser alheia ao carácter plurifásico e neutral definidores do imposto. A dinâmica própria do IVA importa que, ao longo do circuito económico do bem, haja tantas liquidações e deduções quantas as transações que ocorrem, centrando a incidência na operação/transação e não na mercadoria em si mesma. Isso mesmo resulta do disposto no art. 1.º do Código do IVA e da tributação, nesta sede, da prestação de serviços. De referir, ainda, que admitir que um imposto plurifásico incidisse objetivamente sobre mercadorias conduziria, necessariamente, à situação em que, pretendendo incidir sobre o valor acrescentado em cada fase do circuito económico, o IVA apenas pudesse ser efetivamente aplicado quando se verificasse a primeira transação ou, em alternativa, não abdicando do carácter plurifásico, se aceitasse a verificação de efeitos cumulativos ao longo da cadeia de transações, comprometendo a neutralidade do imposto. A mera remissão de aspetos específicos do regime do IVA devido com a importação de mercadorias para a regulamentação aduaneira aplicável não parece justificação bastante para um tratamento diferenciado ao nível das

¹¹ Cf. CLOTILDE CELORICO PALMA, *Introdução ao Imposto sobre o Valor Acrescentado*, Cadernos IDEFF n.º 1, 4.ª ed, Almedina, 2009, pp. 18-21; SÉRGIO VASQUES, *Imposto sobre o Valor Acrescentado*, Almedina, 2015; e acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 20 de março de 2002, Processo n.º 026806.

garantias em função da fase do circuito económico em que o bem se encontra. Cumpre ainda notar que, entre a chegada e a entrada em território nacional e a introdução das mercadorias em livre prática e consumo, podem decorrer dias, meses ou anos, não havendo propriamente a previsão de um limite temporal para as mercadorias serem sujeitas a determinados regimes suspensivos, como seja o caso do regime de entreposto aduaneiro¹². De referir, ainda, que a liquidação objeto de impugnação arbitral pode ter como fundamento uma verificação *a posteriori*, até três anos após a respetiva importação definitiva em território nacional, quando a mercadoria já detém o estatuto de mercadoria-UE. Tudo assente, fazer depender a competência do TAT, relativamente a uma pretensão de IVA, da fase do circuito económico em que a transação se verifica pode importar um tratamento discriminatório, cuja necessidade e proporcionalidade não resultam demonstradas, sem mencionar o risco de quebras de neutralidade.

Poder-se-á ainda trazer à colação o facto de a operacionalização de um imposto plurifásico, neutro, sem efeitos cumulativos, ser dificilmente compatibilizável com a delimitação da incidência centrada na mercadoria em si mesma, facto que distingue o IVA dos IEC¹³ e dos direitos aduaneiros. Nestes últimos, a exigibilidade do tributo verifica-se a montante, uma única vez, na fase da introdução das mercadorias em livre prática e consumo. O carácter monofásico dos IEC e dos direitos aduaneiros torna-os compatíveis com a uma delimitação da incidência centrada na mercadoria. Partindo do elemento literal, e a título de exemplo, veja-se o disposto no n.º 1 do art. 5.º do Código dos IEC, onde o legislador deixou expresso que os “impostos especiais de consumo referidos no artigo 1.º incidem sobre os produtos definidos na parte especial do presente Código”. O mesmo não resulta, todavia, do disposto no Código do IVA, que prevê, no respetivo art. 1.º, que “[e]stão sujeitas a imposto sobre o valor acrescentado: a) as transmissões de bens e as prestações de serviços efetuadas no território nacional, a título oneroso, por um sujeito passivo agindo como tal; b) as importações de bens; [e] c) as operações intracomunitárias efetuadas no território nacional, tal como são definidas e reguladas no Regime do IVA nas Transações Intracomunitárias” (RITI). Nos termos do normativo em apreço, resulta claro que o IVA incide objetivamente sobre operações, ainda que em duas das operações em causa – transmissão de bens e importação – tenha os bens como objeto mediato.

Contrariamente ao IVA, a harmonização dos IEC a nível europeu seguiu uma lógica marcadamente aduaneira e a proximidade de regimes poderá justificar que estes tributos – que incidem objetiva e exclusivamente sobre mercadorias determinadas por referência à respetiva classificação na nomenclatura combina-

¹² Sobre os regimes aduaneiros, cf. TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA, “Introdução aos regimes Aduaneiros”, in *Temas de Direito Aduaneiro*, Almedina, 2014, pp. 41-84.

¹³ Relativamente à classificação dos IEC, cf. ANTÓNIO BRIGAS AFONSO e MANUEL TEIXEIRA FERNANDES, *Código dos Impostos Especiais de Consumo Anotado e Comentado*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2011, e SÉRGIO VASQUES e TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA, *Os impostos especiais de consumo*, Almedina, 2016.

da, monofásicos e heteroliquidados – tenham sido tratados como um “bloco único”, quando estejam em causa tributos devidos pela importação. Tanto os IEC como os direitos aduaneiros são administrados, em exclusivo, pelas estâncias aduaneiras e partilham institutos e técnicas típicas do Direito aduaneiro, sendo estranhos ao método subtrativo indireto. A *ratio* da norma da Portaria que exclui do âmbito de vinculação da AT à jurisdição arbitral as pretensões relativas aos direitos aduaneiros e aos impostos indiretos que incidem sobre mercadorias sujeitas a direitos de importação teve subjacente, à data da respetiva aprovação, a dúvida sobre a conformidade do princípio geral da irrecorribilidade da decisão arbitral e a alegada possibilidade de recurso de todas as decisões das estâncias aduaneiras previstos no Código Aduaneiro Europeu (CAU). Esta alegada incompatibilidade, a existir, o que não se entende ser o caso¹⁴, apenas seria diretamente aplicável no que aos direitos aduaneiros diz respeito, não se estendendo aos demais tributos, nem mesmo aos IEC. De referir, ainda, que, contrariamente à uniformização do Direito aduaneiro substantivo, no plano do Direito aduaneiro adjetivo, o legislador europeu deixou uma ampla margem de conformação aos Estados, apenas prevendo a possibilidade de reclamação, graciosa e/ou contenciosa, dos atos das administrações aduaneiras, sem definir, em concreto, os meios, prazos ou vias de recurso previstos em cada um dos Estados-Membros. Com efeito, no quadro do Direito Europeu, não se prevê qualquer restrição à arbitrabilidade dos direitos aduaneiros ou dos impostos indiretos devidos pela importação, tal restrição resultou de uma opção legislativa interna.

A norma da Portaria de Vinculação que exclui determinadas pretensões do âmbito de vinculação da AT à jurisdição arbitral, mais do que uma questão técnica, parece resultar de uma opção política justificável numa fase inicial de implementação de um regime singular a nível internacional, na antecâmara da concretização da fusão das duas direções-gerais e da qual resultou a atual AT. Uma opção que não se aplaude, especialmente no quadro da tributação do comércio internacional, em que a rapidez da resposta é condição necessária para a competitividade da economia nacional. Em qualquer caso, uma opção de exclusão que se restringe aos direitos aduaneiros devidos pela importação e aos impostos indiretos que incidem objetivamente sobre mercadorias, ou seja, aos IEC. Na eventualidade de querer abranger todos os impostos indiretos cobrados pelas alfândegas, o legislador não teria necessidade de especificar a respetiva incidência, bastando-se com a referência aos impostos indiretos liquidados pelas alfândegas ou por ocasião da importação. Não tendo sido essa a opção normativa, dever-se-á entender que o IVA devido pela importação, ao não incidir objetivamente sobre mercadorias, mas sobre operações, não se enquadra dentro do

¹⁴ O termo “appeal” da versão em língua do CAU inglesa foi traduzido como “recurso”. Todavia, numa interpretação sistemática do CAU, facilmente se compreende que a tradução correta seria “reclamação” ou “impugnação”, uma vez que o próprio CAU refere que os Estados-Membros devem garantir uma via graciosa e/ou contenciosa de revisão da decisão das autoridades aduaneiras.

âmbito de exclusão da Portaria de Vinculação. Mais se refira que os TAT vêm entendendo que a norma da Portaria de Vinculação que exclui determinadas pretensões do âmbito genérico de vinculação tem a natureza excecional e “*«as normas excecionais não comportam aplicação analógica»* (artigo 11.º do Código Civil), pelo que o intérprete não pode transformar em exceção algo que normativamente se incluiu no âmbito de aplicação do regime regra»¹⁵.

Em face do exposto, julga-se que os elementos literal, racional e teleológico determinam uma interpretação da norma prevista no art. 2.º, alínea c), da Portaria de Vinculação, no sentido de que a mesma não inclui no respetivo âmbito de exclusão o IVA devido pela importação, desde logo porque não é um imposto que incida objetivamente sobre mercadorias, ainda que as mesmas sejam objeto mediato em duas das operações tributáveis – importações e transmissões intra-UE.

Aqui chegados, cumpre, todavia, notar que, ainda que não se acompanhe a estrutura e resultado interpretativo dos arestos citados, em face da jurisprudência arbitral firmada e das dúvidas hermenêuticas suscitadas pela Portaria de Vinculação, os operadores económicos deixaram de optar pela via arbitral sempre que estejam em causa pretensões relativas ao IVA devido pela importação. Com efeito, a perceção pública inicial acerca do contributo da arbitragem tributária para a uniformização da interpretação e aplicação do regime comum de IVA deve ser balizada pela delimitação do respetivo âmbito material de aplicação, em termos muito mais restritivos dos que se anteviram na lei de autorização legislativa e do que resulta do próprio RJAT.

III. Tribunais Arbitrais Tributários como interlocutores diretos do Tribunal de Justiça da União Europeia

O art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que corresponde ao ex-art. 234.º do Tratado da Comunidade Europeia, veio prever que o TJ é “competente para decidir, a título prejudicial: a) [s]obre a interpretação dos Tratados; [e] b) [s]obre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União”. Nos termos do mesmo normativo legal, compete aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros apreciar se, no caso concreto *sub judice*, está em causa a interpretação dos Tratados ou a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União e se uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedindo ao TJ que sobre ela se pronuncie, a título prejudicial. O reenvio prejudicial para o TJ é, por isso, facultativo para os órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões sejam suscetíveis de recurso, mas já será obrigatório sempre que a decisão do órgão jurisdicional nacional não admita recurso, à luz da legislação

¹⁵ Decisão arbitral proferida no âmbito do Processo n.º 76/2012-T.

aplicável. Nas recomendações publicadas pelo TJ em 1 de fevereiro de 2014¹⁶ e que complementam os arts. 93.º a 118.º do Regulamento de Processo do TJ, ficou expresso que o órgão jurisdicional nacional deve proceder ao “reenvio a partir do momento em que se torna claro que uma decisão do TJ é necessária para que um órgão jurisdicional nacional profira a sua decisão e quando este esteja em condições de definir, com precisão suficiente, o quadro jurídico e factual do processo, bem como as questões jurídicas que este suscita”. Com efeito, em última instância, compete aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros decidir se, perante um caso concreto, devem, ou não, proceder ao reenvio. Nos termos do n.º 3 do art. 19.º do Tratado da União Europeia (TUE), o TJ decide a título prejudicial a “pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais” e não *ex officio*. Tal não significa, todavia, que o TJ esteja vinculado à apreciação de todas as questões que lhe são colocadas a título prejudicial por um órgão de um Estado-Membro. A profusão de critérios previstos nas ordens jurídicas dos Estados-Membros para a qualificação de uma determinada entidade como *jurisdicional* facilmente perigaria a aplicação e interpretação uniformes do Direito da União, pondo em causa a integridade da ordem jurídica da UE¹⁷, motivo pelo qual tal qualificação deve ser feita no quadro do Direito da União e não à luz do Direito interno dos Estados-Membros. Na ausência de uma definição legal, a complexidade inerente à adoção de uma definição unívoca ou fechada de órgão jurisdicional, para efeito dos Tratados, levou o TJ a definir, desde a década de 60¹⁸, um conjunto de critérios estruturais, funcionais e territoriais que lhe permitem apreciar, em cada caso, se o organismo de reenvio devia, ou não, ser considerado como um *órgão jurisdicional* na aceção do art. 267.º do TFUE. Em 1966, no acórdão Vaasen-Göbbels, o TJ começou por delimitar cinco critérios estruturais para a consideração de um órgão de um Estado-Membro como órgão jurisdicional, a saber: origem legal, permanência, respeito pelo princípio do contraditório, carácter obrigatório da jurisdição e aplicação de regras de direito. Chamado a pronunciar-se uma vez mais sobre a delimitação do conceito em apreço, no acórdão Corbiau¹⁹, o TJ adicionou aos critérios acima referidos os requisitos da independência, da territorialidade²⁰ e a exigência funcional de que as questões prejudiciais surjam no âmbito de processos que conduzam a uma decisão de carácter jurisdicional²¹. O TJ serve-se destes critérios como guias orientadores, não deixando, todavia, de apreciar casuisticamente a natureza jurisdicional das entidades de reenvio. Em face dos casos concretos em apreciação, o TJ admitiu que uns critérios fossem preferidos

¹⁶ Disponíveis em <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/bfa025f8-8b13-11e3-87da-01aa75ed71a1/language-pt>.

¹⁷ Acórdão de 1 de fevereiro de 1972, Hagen n.º 49/71.

¹⁸ Acórdão de 30 de junho de 1966, Vaasen-Göbbels, 61/65, Colect., 1965-1968, p. 404.

¹⁹ Acórdão Corbiau de 30 de março de 1993, C-24/92, Colect., 1993, p. I-1277.

²⁰ Devendo tratar-se de uma entidade localizada num Estado-Membro.

²¹ Despacho de 18 de junho de 1980, Borker, 138/80, Rec., 1980, p. 1975.

em função da prevalência de outros, ensaiando uma graduação cuja fundamentação nem sempre resulta cabalmente demonstrada. Com efeito, em relação à admissão do reenvio prejudicial apresentado por um Tribunal Arbitral, o TJ manifestara-se oscilante entre a apreciação – como no acórdão Danfoss²² – e o seu oposto, o não reconhecimento do Tribunal Arbitral como órgão jurisdicional para efeito dos Tratados – como nos acórdãos Nordsee, Eco Swiss e Denuit e Cordenier²³. A decisão do TJ em cada um dos casos apreciados não teve em consideração o facto de os Tribunais Arbitrais serem, ou não, qualificados como órgãos jurisdicionais pelo Direito interno dos Estados-Membros em que se encontravam estabelecidos. De referir, ainda, que, nos casos apreciados pelo TJ até ao acórdão Ascendi, não havia sido apresentado qualquer reenvio prejudicial por um Tribunal Arbitral em matéria tributária, dada a singularidade do regime nacional.

Numa pesquisa jurisprudencial por matéria podemos concluir que, ao longo dos anos, o TJ já respondeu a questões prejudiciais provindas de entidades/organismos que não exerciam, no processo *a quo*, funções jurisdicionais *stricto sensu*, como no acórdão a Commune d'Almelo²⁴, de Tribunais que não se encontravam integrados na organização judicial do Estado-Membro em causa, como no acórdão Barr e Montrose²⁵, ou mesmo de organismos com natureza arbitral, no acórdão Danfoss²⁶, e natureza administrativa, como no acórdão Mannesmann²⁷. Em sentido inverso, o TJ julgou-se incompetente para conhecer do pedido de reenvio nos acórdãos Victoria Film e Syfiat, contrariando assim as conclusões dos respetivos advogados-gerais²⁸. Em face da jurisprudência fixada até 2014, não resultava absolutamente claro qual o sentido da decisão do TJ perante o reenvio apresentado pelo TAT português, ainda que a opinião doutrinária dominante fosse no sentido do reconhecimento dos TAT como órgãos jurisdicionais para efeitos dos Tratados. De referir ainda que não seria o facto de se mencionar a admissibilidade

²² Neste caso, admitindo mesmo um pedido formal de tribunal arbitral *ad hoc* necessário, desconsiderando, portanto, o requisito da permanência do órgão.

²³ Acórdão de 27 de janeiro de 2005, Denuit e Cordenier, C-125/04.

²⁴ Acórdão de 27 de abril de 1994, Almelo, C-393/92, Colect., 1994, p. I-1477.

²⁵ Acórdão de 3 de julho de 1991, Barr e Montrose, C-355/89, Colect., 1991, p. I-3479.

²⁶ Acórdão de 17 de outubro de 1989, Danfoss, 109/88, Colect., 1989, p. 3199.

²⁷ Entre outras: (i) a comissão federal austríaca de adjudicação de empreitadas de obras públicas, no acórdão de 15 de janeiro de 1998, Mannesmann, C-44/96, Colect., 1998, p. I-73; (ii) a entidade competente para conhecer dos litígios relativos ao direito de entrada e de residência dos estrangeiros no território do Reino Unido, no acórdão de 2 de março de 1999, El-Yassini, C-416/96, Colect., 1999, p. I-1209; (iii) a comissão de recurso das atividades rurais finlandesas, no acórdão de 22 de outubro de 1998, Jokela, C-9/97 e C-118/97, Colect., 1998, p. I-6227; (iv) a comissão federal alemã de fiscalização de adjudicação de contratos públicos, no acórdão de 17 de setembro de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Colect., 1997, p. I-4961; (v) o serviço de adjudicações do Estado do Tirol austríaco, no acórdão de 4 de fevereiro de 1999, Köllensperger, C-103/97, Colect., 1999, p. I-551; (vi) o órgão administrativo austríaco que aprecia litígios em matérias de patentes e marcas, no acórdão de 14 de junho de 2007, Häupl, C-246/05, Colect., 2007, p. I-4673.

²⁸ Cf. as conclusões de 18 de junho de 1998, do advogado-geral Fennely, no Processo de 12 de novembro de 1998, Victoria Film, C-134/97, Colect., 1998, p. I-7023, ou as conclusões de 28 de outubro de 2004 do advogado-geral Jacobs, no Processo de 31 de maio de 2005, Syfiat, C-53/03, Colect., 2005, p. I-4609.

do reenvio prejudicial apresentado por um TAT no preâmbulo do RJAT que vincularia o TJ a admiti-lo. A admissão do pedido de reenvio terá de ser sempre apreciada pelo próprio TJ, ao abrigo do princípio *Kompetenz-Kompetenz* e do recorte normativo do próprio regime jurídico de arbitragem em apreço.

No primeiro reenvio apresentado por um TAT, que ficou conhecido como Processo Ascendi, o advogado-geral Maciej Szpunar sublinhou, desde logo, nas suas conclusões, que “o Tribunal Arbitral Tributário não é um tribunal *ad hoc*, mas apenas um elemento de um sistema de resolução de litígios que – embora intervindo sob forma de formações de julgamento efémeras cuja atividade termina ao mesmo tempo que o processo para a resolução do qual foram designadas – no seu todo tem carácter permanente”²⁹. No mesmo processo, o TJ entendeu ainda que o enquadramento legal do funcionamento da arbitragem tributária transmite igualmente a ideia de permanência no sentido de que cada TAT integra uma realidade jurídica mais vasta – o sistema de resolução jurisdicional de conflitos em matéria fiscal.

O legislador português recortou um regime de arbitragem em matéria tributária que partilha, simultaneamente, características próprias dos regimes tradicionais de arbitragem em Direito público e do regime de processo tributário aplicável nos TAF. Poder-se-á mesmo dizer que terá sido esta singularidade que determinou a decisão do TJ de conhecer a questão prejudicial que lhe havia sido remetida por um TAT no Processo Ascendi. No entender do TJ, os TAT que funcionam sob a égide do CAAD preenchem todos os requisitos jurisprudencialmente delimitados ao longo dos anos pelo TJ para a qualificação como órgãos jurisdicionais para efeito dos Tratados. Desde logo, o requisito da origem legal, uma vez que os Tribunais Arbitrais constam do elenco de Tribunais previsto no art. 209.º da Constituição da República Portuguesa e os TAT estão previstos num diploma legal que prevê o regime jurídico aplicável à delimitação do âmbito de competência material, à designação dos árbitros, à constituição do Tribunal, aos efeitos da decisão arbitral e a própria legislação subsidiária aplicável. Com efeito, não se trata de um Tribunal Arbitral instituído com base num acordo das partes, mas com base nas disposições do Direito português. Como referiu o advogado-geral Maciej Szpunar, no ponto 28 das respetivas Conclusões, a “arbitragem em matéria fiscal é efetivamente uma forma alternativa de resolução de conflitos, no sentido de que o recorrente, no caso em apreço, o contribuinte, pode escolher a via da arbitragem ou da jurisdição administrativa. Este direito de escolher as vias de recurso está previsto pelo direito e está aberto a qualquer contribuinte para qualquer litígio que se enquadre no âmbito de aplicação”. Nos termos do art. 4.º do RJAT, a AT encontra-se pré-vinculada à jurisdição dos TAT através de uma Portaria de Vinculação que surge, assim, como o instrumento normativo que operacionalizou a previsão da arbitragem tributária como um direito potestativo dos contribuintes, dentro do âmbito de sujeição voluntária da AT. O legislador português

²⁹ Conclusões apresentadas no Processo C-377/13, ponto 37.

conseguiu, desta forma, encontrar um ponto de equilíbrio necessário entre a manifestação de vontade do ente público, expresso num instrumento normativo que delimita o respetivo âmbito de pré-vinculação à arbitragem, e a garantia da previsão de um direito potestativo dos contribuintes, ao qual a AT não se pode opor, sempre que a respetiva pretensão se enquadre dentro do âmbito de vinculação previsto na Portaria.

No âmbito do RJAT, os TAT decidem em primeira e, por regra, também em última instância, tendo em consideração a limitação dos fundamentos de recurso da decisão arbitral. E, por decidirem, por regra, em última instância, mais do que uma faculdade, os TAT estarão mesmo obrigados a realizar o reenvio prejudicial para o TJ, sempre que esteja em causa a correta interpretação ou aplicação do Direito europeu, especialmente no quadro do Direito tributário e, dentro deste, dos impostos indiretos, harmonizados a nível europeu.

A decisão dos TAT portugueses, como qualquer decisão de um Tribunal nacional, é vinculativa e imediatamente exequível após o respetivo trânsito em julgado, o que determina o preenchimento do requisito da obrigatoriedade da jurisdição. O prazo e o procedimento legal de execução da decisão arbitral não apresentam qualquer especialidade de regime, regendo-se pelas normas aplicáveis à execução das decisões dos demais Tribunais.

Os TAT portugueses funcionam no seio de uma estrutura institucional permanente – o CAAD –, sediado em Lisboa, mas de âmbito nacional³⁰, criado pelo Despacho n.º 5097/2009, do Secretário de Estado da Justiça³¹, preenchendo, desta forma, o critério da permanência. Neste âmbito, importa ainda lembrar que a função jurisdicional é exercida por cada um dos TAT constituídos para apreciar as causas que lhes são submetidas, cabendo ao CAAD competências administrativas e de secretariado. Do ponto de vista orgânico, o CAAD garante ainda o cumprimento das regras e princípios deontológicos de independência, imparcialidade e isenção dos árbitros, através da atuação do Conselho Deontológico. Por se tratar de uma matéria especialmente sensível, no âmbito do RJAT, a designação e a exoneração dos árbitros foram reservadas ao Presidente do Conselho Deontológico do CAAD, que é nomeado pelo Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CSTAF), de entre juízes que tenham exercido funções nos tribunais superiores. O CSTAF é um órgão estadual, independente, que em Portugal exerce, entre outras, a competência disciplinar sobre os juízes da jurisdição administrativa e fiscal³². Poderá mesmo dizer-se que o CAAD terá sido escolhido para acolher a arbitragem tributária em Portugal, por se tratar “do único centro

³⁰ Sobre a génese, natureza e objetivos iniciais do CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa, cf. NUNO VILLA-LOBOS, “Nota Introdutória. CAAD, Um Primeiro Balanço”, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, novembro de 2010; JOÃO TIAGO SILVEIRA, “O Potencial do CAAD para a Resolução de Conflitos Administrativos”, in *CAAD Newsletter*, n.º 1, 2013, e DOMINGOS SOARES FARINHO, “Algumas Notas Sobre o Modelo Institucional do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD)”, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, cit.

³¹ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 12 de fevereiro de 2009.

³² <http://www.cstaf.pt/index.php?topic=legislacao>.

de arbitragem a funcionar sob a égide do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais³³. O presidente do Conselho Deontológico designa os árbitros que integram cada um dos TAT constituídos sob a égide do CAAD, em conformidade com as regras previstas num Regulamento de Seleção e Designação de Árbitros disponível, para consulta, na página da Internet do centro. Igualmente pública é a lista de árbitros, assim como os respetivos honorários, por processo, e todas as decisões dos TAT. A publicidade das decisões, dos regulamentos, da lista de árbitros, dos respetivos honorários e a transparência dos procedimentos seguidos no CAAD concorreram de forma sensível para a consolidação de um regime de arbitragem inovador. No Processo Ascendi, o TJ reconheceu a especial exigência do RJAT no que concerne às exigências de qualidade técnica dos árbitros e aos aspetos deontológicos, prevendo requisitos apertados de seleção³⁴ e um vasto elenco de impedimentos³⁵ e deveres³⁶, posteriormente alargados, desenvolvidos e densificados no Código Deontológico e no Regulamento de Seleção e Designação de Árbitros do CAAD. Nos termos do art. 7.º do RJAT, os árbitros são escolhidos de entre pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público, devendo ser juristas com pelo menos 10 anos de comprovada 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. Nas questões que exijam um conhecimento especializado de outras áreas, pode ainda ser designado como árbitro não presidente um licenciado em economia ou gestão, assim se garantindo a multidisciplinariedade que a especificidade das matérias exige. Em qualquer caso, o RJAT garante que, nos Tribunais coletivos de três árbitros, pelo menos dois, incluindo o presidente, sejam licenciados em Direito, com pelo menos 10 anos de comprovada experiência em Direito tributário. A exigência do RJAT ao nível da formação e experiência dos árbitros permite, assim, superar uma objeção de princípio do TJ à admissão de reenvios prejudiciais apresentados por pessoas sem qualificação adequada para o efeito.

O regime português de arbitragem tributária denota ainda uma ligação *forte* o *suficiente* entre o TAT e o Estado porquanto, pela natureza da própria relação

³³ Preâmbulo do RJAT.

³⁴ Artigo 7.º do RJAT.

³⁵ Artigo 8.º do RJAT. No que respeita aos impedimentos dos árbitros, o RJAT foi especialmente exigente, indo além do exigido para o exercício de outras funções de interesse público. Os árbitros em matéria tributária 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. De referir, igualmente, que a impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação por causa imputável ao árbitro importa a substituição deste de acordo com as regras aplicáveis à indicação do árbitro substituído ou, ouvidos os restantes árbitros e não havendo oposição das partes, a alteração da composição do Tribunal.

³⁶ Artigo 9.º do RJAT.

jurídica tributária, o Estado aparece, sempre e por definição, no lado ativo, representado em sede contenciosa por juristas designados pela Diretora-Geral dos Impostos. De referir, ainda, que o Estado – no caso, a AT – se vinculou à arbitragem tributária por imperativo legal e que o mesmo Estado está legalmente obrigado a executar as decisões arbitrais transitadas em julgado.

Em face do regime jurídico gizado, o advogado-geral do Processo Ascendi concluiu que “recusar aos tribunais arbitrais em matéria fiscal a possibilidade de recorrer ao Tribunal de Justiça a título prejudicial seria privá-los de parte significativa da sua influência sobre a jurisprudência das jurisdições portuguesas em matéria fiscal, ou seja, num domínio largamente harmonizado em direito da União com efeitos diretos nos direitos e obrigações dos particulares”³⁷. Fazendo nossas as suas palavras, no âmbito do regime português, o “tribunal arbitral tributário não é, pois, uma jurisdição arbitral designada por vontade das partes. Pelo contrário, [...] há que considerá-lo um elemento do sistema judicial português tal como os tribunais judiciais e administrativos. A especificidade dessa instituição respeita apenas ao facto de o legislador português ter decidido permitir aos contribuintes submeter os seus litígios com a Administração Fiscal a uma jurisdição que funciona de maneira menos formal, mais rápida e mais barata do que as jurisdições administrativas ordinárias”.

IV. Reenvios prejudiciais dos Tribunais Arbitrais Tributários em matéria de IVA

A consulta da jurisprudência do TJ permite concluir que um número significativo de processos de reenvio apresentados pelos Tribunais nacionais dos Estados-Membros tem por objeto a interpretação da Diretiva IVA. Nas palavras do próprio TJ, “a obrigação de reenvio prejudicial tem por objetivo, nomeadamente, evitar que se estabeleça em qualquer Estado-Membro uma jurisprudência nacional em desacordo com as regras do direito comunitário”³⁸. O papel dos Tribunais nacionais na garantia da uniformização da interpretação do regime de IVA, de matriz europeia, é por isso absolutamente fundamental. Papel ao qual os TAT não se têm furtado, pelo contrário, vêm contribuindo, de forma significativa, para a uniformização da interpretação do regime comum de IVA, através do recurso ao mecanismo de reenvio prejudicial.

Em Portugal, a divulgação dos dados estatísticos relativos a movimentação processual é feita pela Direção-Geral de Política de Justiça (DGPJ) que não dispõe, no respetivo *site*³⁹, de informação relativa ao número de reenvios apresentados pelos Tribunais portugueses, desagregada por matéria. O relatório anual do TJ também só nos permite ter acesso ao número global dos pedidos de reenvios

³⁷ Ponto 50 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150621&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6840924>).

³⁸ Acórdão de 22 de fevereiro de 2001, Gomes valente, C-393/98, n.º 17.

³⁹ <http://www.siej.dgpj.mj.pt>.

apresentados pelos Tribunais portugueses e a uma desagregação por órgão nacional de reenvio, e não por matéria. De acordo com os dados publicados pelo TJ, entre 1986⁴⁰ e 2017, o STA apresentou 63 dos 174 pedidos de reenvio submetidos pelos Tribunais nacionais. No mesmo período, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) apresentou 15 pedidos de reenvio e outros órgãos jurisdicionais apresentaram 96⁴¹. Dos reenvios apresentados pelo STA, ao longo dos anos, uma parte significativa corresponderá, certamente, a matéria tributária, ainda que essa informação não conste do referido relatório. Comparando os dados dos relatórios do TJ de 2016 e de 2017, podemos concluir que o STA apresentou 4 reenvios prejudiciais em 2017⁴². Ainda em 2017, o STJ apresentou 7 pedidos de reenvio, enquanto os outros órgãos jurisdicionais apresentaram 10. Destes 10 pedidos de reenvio, 3 foram apresentados por TAT.

Desde a entrada em vigor do RJAT, e até à data em que se escreve, os TAT apresentaram, no total, 16 pedidos de reenvio prejudicial, 11 dos quais em matéria de IVA, 2 em matéria de IRC, 1 de imposto do selo, 1 de IUC e outro de ISP⁴³. O quadro *infra* sistematiza os reenvios dos TAT em matéria de IVA.

Processo Arbitral	Tema	Reenvio prejudicial para o TJ
P. 96/2013-T	Valor tributável/taxa municipal de ocupação do subsolo	Acórdão de 11-06-2015, Lisboa Gás, C- 256/14
P. 3/2014-T	Direito à dedução	Acórdão de 15-09-2016, Barlis, C- 516/15
P. 221/2015-T	Condições de isenção de uma entrega intracomunitária de um meio de transporte novo	Acórdão de 14-07-2017, Santogal, C-26/16
P. 364/2015-T	Requisitos de isenção de uma entrega intracomunitária	Acórdão de 09-02-2017, Euro Tyre, C-21/16
P. 772/2015-T	Constituição e extensão do direito à dedução	Acórdão de 07-08-2018, TGE Gas, C- 16/17
P. 268/2016-T	Isonção das operações de locação de bens imóveis/dedução	Acórdão de 28-02-2018, Imflore-smira, C-672/16

⁴⁰ Ano da adesão de Portugal à então CEE.

⁴¹ Relatório de 2017, disponível em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/.

⁴² Os valores globais dos reenvios apresentados pelo STA entre 1952 e 2017 aumentaram de 59 para 63, quando comparamos os relatórios anuais do TJ de 2016 e 2017. Relatório de 2016 disponível em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_11035/rapports-annuels.

⁴³ O número de reenvios apresentados pelos Tribunais Estaduais portugueses não consta dos dados oficiais publicados pela DGPJ. Para uma análise da evolução do número de reenvios apresentados pelos Tribunais nacionais, cf. NUNO PIÇARRA e FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, "A Europeização dos Tribunais Portugueses", *Working Paper*, n.º 18, Instituto Português de Relações Internacionais, Universidade Nova de Lisboa, 2006; e RENATA CHAMBEL MARGARIDO, "O Pedido de decisão prejudicial e o princípio da cooperação jurisdicional", *Working Papers da FDUNL*, n.º 8/99, 1999, disponíveis em www.fd.unl.pt.

	do imposto pago a montante/regularização da dedução inicialmente efetuada	
P. 282/2016-T	Âmbito de aplicação/distinção entre danos não tributáveis e prestações de serviços tributáveis	Acórdão de 22-11-2018, MEO, C-295/17
P. 22/2017-T	Valor tributável/princípio da neutralidade	Acórdão de 06-12-2018, Tratave, C-672/17
P. 397/2017-T	Incidência e isenção	Pendente; Idealmed III, C- 211/18
P. 136/2018-T	Princípios da neutralidade, da efetividade, da equivalência e da proporcionalidade/direito à dedução/regularização	Pendente; CTT, C-661/18
P. 182/2018-T	Âmbito de aplicação	Pendente; Vodafone, C-43/19

Ao decidirem, em primeira e, por regra, em última instância, num prazo geral inferior a cinco meses, os TAT apresentam-se hoje como uma das vias de acesso ao TJ mais céleres da União, com vantagens não despiciendas ao nível da uniformização da interpretação e aplicação do IVA europeu. Os reenvios prejudiciais apresentados pelos TAT têm contribuído para a uniformização do entendimento sobre a interpretação da Diretiva IVA em relação a aspetos centrais da mecânica própria do IVA, como seja o exercício do direito à dedução. De sublinhar ainda que, em alguns casos, a decisão de reenvio do TAT determinou a suspensão da instância de recurso nos Tribunais Superiores e determinou a inflexão de jurisprudência nacional aparentemente consolidada. A título de exemplo, no processo n.º 0157/14, que corria termos no STA, o Magistrado do Ministério Público emitiu parecer no sentido de dever ser suspensa a instância até ser conhecida a decisão a proferir pelo TJ quanto às questões suscitadas no Processo Arbitral n.º 96/2013-T, o que veio a ser determinado pelo Tribunal. O mesmo entendimento foi igualmente seguido no Processo n.º 01866/13. Neste último aresto, decidido o reenvio apresentado pelo TAT e publicada a respetiva decisão, o STA considerou que “[f]endo em conta a interpretação dada pelo TJ no Processo n.º C-256/14, de 11/06/2015, incide Imposto Sobre o Valor Acrescentado sobre as Taxas Municipais de Ocupação do Subsolo (TOS) repercutidas, redebitadas ou refaturadas pela fornecedora às entidades Comercializadoras de gás natural e nos consumidores finais”, pondo termo a uma querela que se arrastava nos Tribunais, pelo menos desde 2013, a julgar pela data das decisões recorridas identificadas pelo Tribunal de recurso. Mais se refira que, nos casos em apreço, a opção pela suspensão da instância até à prolação da decisão do TJ também permitiu evitar a eventual prolação de decisões contraditórias, penalizadoras da certeza e segurança jurídica, penalizadora do investimento.

Os requisitos para o exercício do direito à dedução foram objeto de reenvio no âmbito dos Processos Arbitrais n.º 3/2014-T e n.º 772/2015-T. O primeiro deu origem ao acórdão de reenvio de 15 de setembro de 2016, Barlis, C-516/14. A decisão do TJ no processo Barlis veio motivar uma inflexão relevante na jurisprudência nacional. Durante vários anos, e de forma consistente, os Tribunais superiores rejeitaram a dedução do IVA suportado pelos operadores económicos sempre que se verificasse o incumprimento dos requisitos formais das faturas⁴⁴. De referir, aliás, que, durante a pendência do reenvio prejudicial no processo Barlis, o TCA-Sul reiterou esse entendimento ao decidir que “[a]tento o mecanismo específico de apuramento do imposto pelo sujeito passivo, constante dos artigos 19.º e segs. do CIVA, por expressa disposição do seu n.º 2, só confere direito a dedução o imposto mencionado em faturas e documentos equivalentes passados em forma legal (...), o que constitui, para esse sujeito passivo, um verdadeiro requisito substancial em ordem a poder exercer o direito à dedução nos seus *inputs* produtivos, como constitui jurisprudência corrente”. Mais referiu que “[e]ntre esses requisitos legais para as faturas, figuram os constantes no n.º 5 do artigo 35.º do mesmo CIVA, entre eles avultando a quantidade e denominação usual dos bens transmitidos ou dos serviços prestados”. O TCA-Sul entendeu que nas “faturas em análise não se mostra[vam] cumpridas as exigências formais contidas na alínea b) do citado n.º 5 do artigo 35.º do CIVA, pois, num caso, não est[avam] discriminados os serviços que em concreto foram prestados; noutros, falta[vam] as quantidades respeitantes aos serviços prestados”, tendo concluído que o IVA não seria dedutível⁴⁵. Em sentido oposto, na decisão de reenvio no processo Barlis, o TJ veio entender que o “artigo 178.º, alínea a), da Diretiva n.º 2006/112 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que as autoridades tributárias nacionais possam recusar o direito a dedução do imposto sobre o valor acrescentado pelo simples facto de o sujeito passivo possuir uma fatura que não cumpre os requisitos exigidos pelo artigo 226.º, n.ºs 6 e 7, desta diretiva, quando essas autoridades dispõem de todas as informações necessárias para verificar se os requisitos substantivos relativos ao exercício desse direito se encontram satisfeitos”. A decisão do TJ importou, por isso, não apenas uma inflexão da jurisprudência nacional, como uma alteração de procedimentos por parte da AT na sua relação com os operadores económicos sujeitos a IVA. No que respeita ao mecanismo de dedução e aos requisitos para o respetivo exercício, nem se poderá dizer que a decisão no Processo Barlis tenha sido uma surpresa, uma vez que o TJ já vinha declarando, de forma reiterada, que o direito a dedução do IVA previsto nos arts. 167.º e ss. da Diretiva 2006/112 faz parte integrante do mecanismo do IVA e não pode, em princípio,

⁴⁴ Cf., neste sentido, o Acórdão do STA n.º 0951/08, de 15 de abril de 2009; e os Acordãos do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA-Sul) n.º 03026/09, de 19 de maio de 2009; n.º 05786/12, de 28 de maio de 2013; n.º 07282/14, de 10 de julho de 2014; n.º 07027/13, de 16 de dezembro de 2015; e n.º 07027/13, de 16 de dezembro de 2015.

⁴⁵ Processo n.º 07027/13, de 16 de dezembro de 2015.

ser limitado. Neste sentido, veja-se a posição fixada no acórdão de 13 de fevereiro de 2014, Maks Pen, C-18/13, e no acórdão de 6 de dezembro de 2012, Bonik, C-285/11.

No Processo Arbitral n.º 772/2015-T, o TAT suspendeu a instância e perguntou ao TJ se a tese da AT que assentava no pressuposto de que uma sucursal e a respetiva sociedade-mãe deviam ser consideradas sujeitos distintos para efeitos de IVA, por disporem de números de identificação fiscal distintos, era, ou não, compatível com o Direito da União Europeia, com refração no que ao exercício do direito à dedução dizia respeito. Por acórdão de 7 de agosto de 2018, Processo C-16/17, o TJ entendeu que essa tese era “incompatível com os artigos 167 e 168.º da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28-11-2006, e com o princípio da neutralidade, pois «o direito a dedução previsto nos artigos 167.º e 168.º da Diretiva IVA faz parte integrante do mecanismo do IVA e não pode, em princípio, ser limitado». Mais entendeu que deve considerar-se «que a B... e a A... Sucursal em Portugal constituem uma só e mesma entidade jurídica e, portanto, um sujeito passivo único». Com efeito, a Administração Tributária e Aduaneira «não pode recusar a um sujeito passivo a dedução do IVA pago a montante, apenas por este sujeito passivo ter utilizado um número de identificação fiscal como entidade não residente sem estabelecimento estável, aquando da constituição de um ACE, e ter utilizado o número de identificação fiscal da sua sucursal residente nesse mesmo Estado, para a refaturação dos custos desse agrupamento»”.

As condições e requisitos de aplicação de isenções em sede de IVA foram objeto de reenvio pelos TAT nos Processos Arbitrais n.º 221/2015-T e n.º 364/2015-T, que deram origem, respetivamente, aos acórdãos do TJ de 14 de julho de 2017, Santogal, C-26/16, e de 9 de fevereiro de 2017, Euro Tyre, C-21/16. No primeiro, o TAT havia sido colocado perante a questão de saber se a venda de um veículo em Portugal estava ou não abrangida pela isenção prevista no art. 14.º, alínea b), do Regime de IVA nas Transações Intracomunitárias (RITI), no caso de o adquirente não ser residente noutro Estado-Membro, como era a situação fáctica em causa nos autos. Nos termos do art. 14.º, alínea b), do RITI, lido em conjugação com o art. 1.º, alínea e), do mesmo RITI, as transmissões de meios de transporte novos, efetuadas a título oneroso, por qualquer pessoa, expedidos ou transportados pelo vendedor, pelo adquirente ou por conta destes, a partir do território nacional, com destino a um adquirente estabelecido ou domiciliado noutro Estado-Membro estão isentas do IVA. Em causa nos autos estava, por isso, a conformidade do requisito do domicílio/residência ou estabelecimento do aquirente do veículo noutro Estado-Membro, previsto no RITI, com o Direito Europeu. A Requerente no processo arbitral alegou “a contradição existente entre a interpretação das disposições do artigo 1.º, alínea e), e do artigo 14.º, alínea b), do RITI adotada pela Autoridade Tributária e Aduaneira e o artigo 138.º, n.º 2, da Diretiva IVA, que tem efeito direto”. O TAT decidiu suspender a instância e colocar ao TJ a questão de saber “se o artigo 138.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva IVA deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que disposições nacionais subordinem o benefício

da isenção de uma transmissão intracomunitária de um meio de transporte novo à condição de o adquirente desse meio de transporte estar estabelecido ou domiciliado no Estado-Membro de destino do referido meio de transporte". Com a sua segunda questão de reenvio, o TAT, enquanto órgão jurisdicional de reenvio perguntou "se o artigo 138.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva IVA deve ser interpretado no sentido de que a isenção de uma entrega de um meio de transporte novo pode ser recusada no Estado-Membro de entrega quando esse meio de transporte só foi objeto de matrícula provisória no Estado-Membro de destino". Com a sua terceira questão, o TAT perguntou, em substância, "se o artigo 138.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva IVA se opõe a que o vendedor de um meio de transporte novo transportado pelo adquirente para outro Estado-Membro e matriculado nesse Estado a título provisório seja posteriormente obrigado a pagar o IVA quando não se tiver demonstrado que o regime de matrícula provisória cessou e que o IVA foi ou será liquidado no Estado-Membro de destino". Por fim, com a quarta questão, o TAT perguntou "se o artigo 138.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva IVA e os princípios da segurança jurídica, da proporcionalidade e da proteção da confiança legítima se opõem a que o vendedor de um meio de transporte novo transportado pelo adquirente para outro Estado-Membro e matriculado nesse Estado a título provisório seja posteriormente obrigado a liquidar o IVA quando, face às circunstâncias da venda, o adquirente possa ter cometido uma fraude fiscal, sem que tenha sido provada a colaboração do vendedor nessa fraude". O TJ respondeu a todas as questões no sentido de que o Direito da União se opunha à interpretação sustentada pela AT, o que determinou, necessariamente, uma clarificação do regime aplicável e uma alteração do procedimento seguido pela AT.

O reenvio prejudicial apresentado pelo TAT no âmbito do Processo n.º 268/2016-T também motivou uma alteração do entendimento sustentado pela AT. Ao longo dos anos, a AT defendeu que os sujeitos passivos que renunciassem à isenção do IVA na transmissão e locação de bens imóveis e deixassem de afetar o imóvel a atividades tributáveis (ou isentas com direito à dedução), durante um período legal, estavam obrigados a regularizar, numa base anual ou definitiva, consoante o caso, a parte do IVA sujeita ao período de regularização. Este entendimento era sustentado pela AT, mesmo nos casos em que o sujeito passivo demonstrasse que tinha tido um comportamento ativo no sentido de conseguir arrendar o espaço em causa. No caso em apreço, nos autos, foi dado como provado que o imóvel estava devoluto há vários anos e que o sujeito passivo tinha realizado várias diligências no sentido de o conseguir arrendar. Por acórdão de 28 de fevereiro de 2018, Imofloresmira, C-672/16, o TJ veio esclarecer que os "artigos 167.º, 168.º, 184.º, 185.º e 187.º da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional que prevê a regularização do imposto sobre o valor acrescentado inicialmente deduzido pelo facto de se considerar que um imóvel, rela-

tivamente ao qual foi exercido o direito de opção pela tributação, já não é utilizado pelo sujeito passivo para os fins das suas próprias operações tributadas, quando esse imóvel ficou desocupado durante mais de dois anos, mesmo se se provar que o sujeito passivo procurou arrendá-lo durante esse período".

Em sentido inverso ao que resultou dos arestos referidos nos parágrafos anteriores, a decisão do TJ, no seguimento do reenvio prejudicial apresentado no âmbito do Processo Arbitral n.º 282/2016-T, veio validar o entendimento da AT no que respeita à qualificação do montante predeterminado e recebido por um operador económico em caso de resolução antecipada do contrato pelo seu cliente como prestação de serviços e, conseqüentemente, sujeito a IVA. Neste caso, o ajustamento terá de ser realizado do lado do operador de telecomunicações que vinha qualificando o montante predeterminado e recebido nos casos de resolução antecipada do contrato pelo seu cliente como uma indemnização isenta de IVA. Por acórdão de 22 de novembro de 2018, Meo, C-295/17, o TJ esclareceu que o "artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, deve ser interpretado no sentido de que se deve considerar que o montante predeterminado, recebido por um operador económico em caso de resolução antecipada do contrato pelo seu cliente, ou por causa que lhe é imputável, de um contrato de prestação de serviços que prevê um período mínimo de vinculação ao contrato, montante esse que corresponde ao montante que esse operador teria recebido no resto do referido período se essa resolução do contrato não se tivesse verificado, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, é a remuneração de uma prestação de serviços efetuada a título oneroso e, como tal, sujeita a esse imposto". Mais decidiu que "[n]ão são determinantes para a qualificação do montante predeterminado no contrato de prestação de serviços, de que o cliente é devedor em caso de resolução antecipada desse contrato, o facto de o montante fixo ter como finalidade dissuadir os clientes de incumprirem o período mínimo de vinculação ao contrato e ressarcir o prejuízo que o operador sofre com o incumprimento desse período, o facto de a remuneração recebida por um agente comercial pela celebração de contratos que estipulem um período mínimo de vinculação aos mesmos ser superior à prevista no âmbito dos contratos que não estipulam esse período e o facto de o referido montante ser qualificável, no direito nacional, como cláusula penal". O reenvio prejudicial apresentado no âmbito do Processo Arbitral n.º 286/2016-T justificou, ainda, a suspensão de outros processos arbitrais até à prolação da decisão do TJ, evitando-se, desta forma, a contradição de julgados. Neste sentido, veja-se a decisão arbitral proferida no âmbito do Processo n.º 596/2017-T.

A posição firmada pelo TJ no seguimento do reenvio apresentado pelo TAT no Processo Arbitral n.º 22/2017-T também veio corroborar o entendimento da AT, no sentido de não ser permitida a regularização do imposto nos casos de não pagamento, antes de ser efetuada a comunicação da anulação do imposto ao adquirente do bem ou serviço, que seja sujeito passivo do imposto, para efeitos

de retificação da dedução inicialmente efetuada. No caso em apreço, ficou provado que “não tinha sido comunicada a regularização do imposto ao adquirente dos bens ou serviços, representados pelos respectivos administradores de insolvência, nos termos do disposto no n.º 11 do artigo 78.º do Código do IVA; a Requerente não tinha na sua posse «certidão do tribunal, que comprove que a sentença de insolvência transitou em julgado, uma vez que só assim ela se torna definitiva [e] a Requerente não tinha prova de que os créditos tenham sido reclamados e/ou reconhecidos nos processos de insolvência”. Por acórdão de 6 de dezembro de 2018, Tratave, C-672/17, o TJ entendeu que o “princípio da neutralidade e os artigos 90.º e 273.º da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que prevê que a redução do valor tributável do imposto sobre o valor acrescentado (IVA), em caso de não pagamento, não pode ser efetuada pelo sujeito passivo enquanto este não tiver previamente comunicado a sua intenção de anular uma parte ou a totalidade do IVA ao adquirente do bem ou serviço, que seja sujeito passivo do imposto, para efeitos de retificação da dedução do montante de IVA que este pôde efetuar”.

Os reenvios apresentados no âmbito dos Processos Arbitrais n.º 397/2017-T, n.º 136/2018-T e n.º 182/2018-T ainda não foram objeto de decisão pelo TJ.

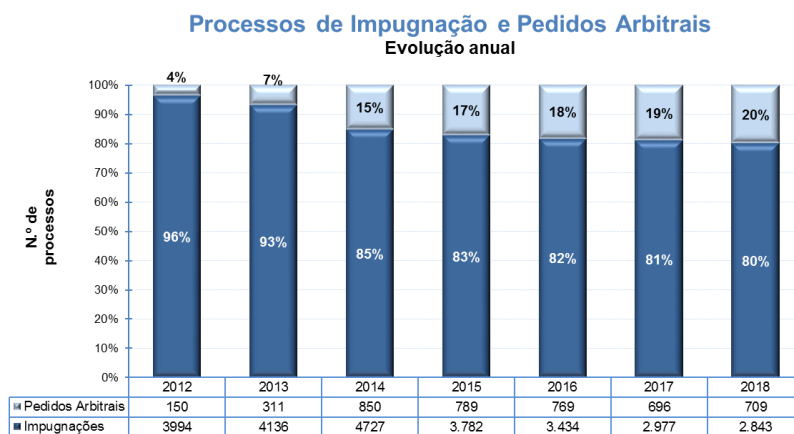
V. Considerações finais

A aplicação do regime jurídico de arbitragem tributária, nos oito anos que conta de vigência, vem demonstrando que a contradição relativa entre uma delimitação ampla dos objetivos a prosseguir e um recorte demasiado fino do âmbito de competência dos TAT não prejudica a prossecução efetiva dos objetivos cometidos ao RJAT. Tomando por referência os dados correspondentes ao ano de 2017, uma vez que, à data em que se escreve, ainda não se encontram disponíveis no *site* da DGPJ dados mais atualizados, as estatísticas oficiais referentes ao movimento de processos, por espécie, nos TAF indicam que, em 2017, entraram nos TAF 14707 processos, dos quais apenas 2977 correspondiam a uma impugnação judicial. No mesmo ano, entraram no CAAD 693 processos⁴⁶. Com efeito, do total dos processos entrados nos TAF em 2017, a competência concorrential dos TAT só abrange 23,3% dos processos, sem cuidar, neste âmbito, da exclusão de matéria prevista na Portaria de Vinculação e da limitação em razão do valor. Não se ignora que, eventualmente, alguns processos que chegam aos TAT pudessem, na prática, nunca chegar a Tribunal numa ponderação tripartida – valor/custo/tempo –, não fora a opção arbitral. Em qualquer caso, poder-se-á

⁴⁶ As estatísticas da arbitragem tributária são publicadas semestralmente na *Revista Arbitragem Tributária*.

concluir que a arbitragem tributária é incontornável no quadro de uma reforma estrutural da Justiça Fiscal e, nesta medida, indissociável dos excelentes resultados obtidos pela jurisdição dos Tribunais Tributários, que, neste último ano, reduziu a pendência de matéria fiscal em 7%.

Numa conferência que teve lugar no dia 13 de março de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a Dra. Cristina Bicho, Subdiretora-Geral da AT para a Área da Justiça Tributária e Aduaneira, apresentou dados relativos ao movimento processual nos TAF e nos TAT, no decurso do ano de 2018. De acordo com os dados apresentados, em 2018, entraram nos TAF 2843 processos de impugnação, menos 134 do que no ano anterior. Em 2018, o número de processos entrados no CAAD subiu para 709, um número que ainda não reflete a aplicação prática do regime de cometimento de processos para a arbitragem tributária aprovado no último trimestre desse ano. Com efeito, tendo em consideração o movimento processual anual desde 2012⁴⁷, poder-se-á concluir que o número de processos de impugnação judicial apresentados junto dos TAT tem vindo a diminuir, enquanto os pedidos de constituição de TAT têm vindo progressivamente a aumentar, correspondendo, em 2018, a 20% do total de processos de impugnação apresentados em Portugal. Nesse sentido, veja-se o gráfico *infra* apresentado pela AT⁴⁸.



⁴⁷ O primeiro ano em que o RJAT esteve em aplicação durante todo o ano, uma vez que apenas entrou em aplicação em julho de 2011.

⁴⁸ Apresentação disponível para consulta junto da autora.

Em 2018, do total de processos entrados no CAAD, as pretensões relativas ao IVA correspondem a 10,4%. A análise do contributo da arbitragem para a redução das pendências em matéria tributária importa que se tenha em consideração a questão da escala, sob pena de desvirtuação dos resultados, devendo ser analisado dentro do respetivo âmbito de competência. O mesmo se diga em relação ao contributo da arbitragem para a uniformização da interpretação do regime comum do IVA através do recurso ao mecanismo do reenvio prejudicial.

No plano internacional, a singularidade e pioneirismo do RJAT não permite uma análise comparada dos respetivos méritos, assim como dos aspetos que possam merecer reflexão adicional. Os dados disponíveis demonstram que a aprovação de um regime jurídico de arbitragem em matéria tributária de âmbito nacional, como o previsto em Portugal, não encontra paralelo a nível internacional. A originalidade deste instituto foi amplamente reconhecida pela doutrina⁴⁹ e reafirmada no quadro do primeiro reenvio prejudicial de um TAT para o TJ⁵⁰. Em face do regime gizado, e à luz do Direito nacional, não se colocou qualquer dúvida que os TAT deveriam ser reconhecidos como verdadeiros e próprios órgãos jurisdicionais, previstos na Constituição. Questão diferente, em 2011, era a de saber se os TAT portugueses seriam considerados "órgãos jurisdicionais de um Estado Membro", na aceção do art. 267.º do TFUE, e em que medida poderiam assumir um papel relevante na promoção da uniformização da interpretação do Direito Europeu, dentro do respetivo âmbito de aplicação material, em especial no que respeita à tributação indireta, e mais particularmente ao IVA, harmonizado a nível europeu. A aplicação prática do regime de arbitragem tributária em Portugal vem revelando o potencial deste instituto, em articulação direta com o TJ.

A evolução do Direito europeu em geral, e da harmonização fiscal em particular, tem sido fruto de algum voluntarismo do TJ, com especial impulso do mecanismo do reenvio prejudicial, que potencia um verdadeiro diálogo jurisprudencial com os tribunais dos diversos Estados-Membros⁵¹. Pese embora a importância deste mecanismo, num estudo de 2006, NUNO PIÇARRA e FRANCISCO PEREIRA COUTINHO concluíram que "apenas os tribunais irlandeses, luxemburgueses e finlandeses manifestaram menor interesse em questionar prejudicialmente o TJ do que os tribunais portugueses (...). As questões prejudiciais oriundas de Portugal representam apenas 1,4% do número global das colocadas nos últimos vinte anos". No mesmo estudo, concluíram ainda que, à data, havia uma "enorme despropor-

⁴⁹ Cf., entre outros, JORGE MANUEL LOPES DE SOUSA, "Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária", cit., pp. 75 e 252 e ss.; SAMUEL FERNANDES DE ALMEIDA, "Primeiras reflexões sobre a lei de arbitragem tributária", in *Estudos em homenagem do Prof. J. L. Saldanha Sanches*, Vol. V, Paulo Otero, Fernando Araújo e João Tabor da Gama (coords.), Coimbra Editora, 2011; e SÉRGIO VASQUES, "Os primeiros passos da arbitragem tributária", in *Newsletter CAAD*, outubro 2011, disponível em www.caad.org.pt.

⁵⁰ Processo C-377/13.

⁵¹ NUNO PIÇARRA e FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, "A Europeização dos Tribunais Portugueses", cit. Os dados estatísticos citados estão disponíveis em https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-06/ra_2016_pt_web.pdf.

ção entre o número de questões colocadas pelos tribunais administrativos (80%) e pelos tribunais civis (20%)” e que a esmagadora maioria dos reenvios era apresentado pelos Tribunais Superiores, não sendo uma prática comum em Portugal a apresentação de pedidos de reenvio pelos Tribunais de Primeira Instância. Ainda assim, à data do estudo, predominavam “entre as questões prejudiciais colocadas por juízes portugueses, os domínios fiscais (18) e aduaneiros (14), que são responsáveis por 56% do seu total”. Dados mais recentes publicados pelo próprio TJ, em 2017, demonstram que o número de reenvios apresentados pelos Tribunais Tributários portugueses vem oscilando, ao longo dos anos⁵², mas sem grande expressividade no plano comparado. Os Tribunais portugueses continuam a ser dos que menos recorrem ao TJ. Em sentido inverso, nos oito anos de vigência da arbitragem tributária, foram apresentados 16 pedidos de reenvio pelos TAT, algo inédito, no que respeita aos Tribunais de primeira instância em Portugal. Dos reenvios apresentados pelos TAT, a grande maioria diz respeito a matéria de IVA, ainda que tenha vingado o entendimento firmado no sentido de que o IVA devido pela importação não é arbitrável à luz da redação da Portaria de Vinculação em vigor.

Nas palavras do advogado-geral Maciej Szpunar, a arbitragem em matéria tributária enquadra-se num novo modo de pensar o sistema de justiça tributária que articula os Tribunais Estaduais com uma rede mais ampla de mecanismos de composição de litígios, complementar e nunca substitutiva dos primeiros. Uma abordagem pós-moderna da justiça que “é o resultado da evolução do sistema judicial e do sistema jurídico no seu conjunto⁵³”. O acesso direto dos TAT ao TJ, num prazo inferior a seis meses após a apresentação do pedido, apresenta-se como uma vantagem adicional do regime que vem contribuindo, de forma significativa, para a uniformização da interpretação do Direito Europeu, designadamente do regime de IVA. A celeridade da resposta também contribui para uma adaptação de procedimentos por parte da AT e dos próprios operadores económicos, com reflexos ao nível da eficiência da gestão, da previsibilidade e do nível de litigiosidade.

Entre 2011 e 2018, o tempo médio de decisão dos TAT portugueses foi inferior a 5 meses, ao encontro de um dos objetivos fixados pelo legislador nacional – imprimir maior celeridade na resolução dos litígios que opõem os contribuintes à AT. A celeridade na resolução dos litígios não é entendida como um valor em si mesma, mas como condição necessária para garantia de uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos/contribuintes. Por outro lado, a celeridade e a publicação das decisões arbitrais vieram assegurar a contemporaneidade entre duas fontes de Direito – a jurisprudência e a legislação em vigor. A falta de sintonia entre a jurisprudência e a legislação, devida à demora na prolação da decisão e à não publicação das decisões de

⁵² https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-06/ra_2016_pt_web.pdf.

⁵³ Conclusões apresentadas no Processo C-377/13, a 12 de junho de 2014.

primeira instância, vinha contribuindo para a diminuição da relevância prática da jurisprudência enquanto fonte mediata de Direito, no plano da prevenção de litígios tributários, da formação e da certeza e segurança jurídicas. A publicidade e a celeridade na prolação das decisões têm potenciado importantes ganhos no que respeita à conformação dos vários agentes públicos e privados com uma interpretação uniforme do Direito Europeu⁵⁴.

⁵⁴ JOÃO TABORDADA GAMA, "As Virtudes Escondidas da Arbitragem Fiscal", in *Revista Arbitragem Tributária* n.º 1, 2014, p. 13.

A arbitragem tributária em Portugal: atualizações

CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS *

Sumário: **0.** Nota introdutória. **1.** Alterações legislativas ao regime, desde a sua entrada em vigor. **2.** O reconhecimento da natureza jurisdicional dos tribunais arbitrais constituídos no CAAD pelo TJUE. **3.** O direito a apoio judiciário no acesso à arbitragem tributária. **4.** O recurso das decisões arbitrais: em especial, o recurso da decisão arbitral que está em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com uma outra decisão arbitral. **5.** Alguns dados empíricos.

0. Nota introdutória

Em janeiro de 2011, foi aprovado e entrou em vigor um diploma que viria a constituir um marco na história da justiça tributária em Portugal. De facto, foi aprovado, pelo legislador, o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT) e o diploma que está na base do regime é o Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro. Apesar de o regime ter sido aprovado e ter entrado em vigor em janeiro de 2011, só em julho do mesmo ano é que efetivamente passaram a estar reunidas as condições necessárias à prática da arbitragem tributária. Na verdade, condição essencial para a realização da arbitragem era a vinculação da Administração Tributária à jurisdição arbitral. Essa vinculação só ocorreu em julho de 2011, pela Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março, com entrada em vigor a 1 de julho.

Volvidos quase 7 anos, que serão feitos em julho do presente ano, da existência de um regime de arbitragem tributária, impõe-se refletir, por ora, a respeito das principais alterações que lhe foram introduzidas desde a sua entrada em vigor, do reconhecimento que a arbitragem tributária tem vindo a merecer enquanto meio de resolução de litígios em matéria tributária, dos principais problemas que, em nossa opinião, o mesmo regime tem vindo a levantar e, ainda, o impacto, positivo ou negativo, que o mesmo tem, do ponto de vista empírico, na resolução de litígios em matéria tributária.

Tendo em consideração o objetivo a que nos propomos, e por razões de economia de espaço que nos foram impostas, optou-se por considerar, no âmbito deste artigo, especialmente cinco momentos, nomeadamente: i) as alterações legislativas sofridas pelo regime desde a sua entrada em vigor; ii) o reconhecimento da natureza jurisdicional dos tribunais arbitrais constituídos no Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) pelo Tribunal de Justiça da União Europeia

* Professora da Universidade do Minho e da Universidade Portucalense e Membro Integrado do Centro de Investigação JusGov.

(TJUE); iii) o regime do apoio judiciário no acesso à arbitragem; iv) as limitações ao exercício do direito de recurso no que respeita às decisões arbitrais que estão em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, em relação a outras decisões arbitrais; v) e, finalmente, a referência a alguns dados estatísticos da arbitragem.

1. Alterações legislativas ao regime, desde a sua entrada em vigor

O RJAT foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, tendo a arbitragem começado a funcionar com a aprovação da portaria de vinculação da Autoridade Tributária e Aduaneira ao CAAD, em julho do mesmo ano¹.

Desde a sua aprovação, o regime sofreu três alterações:

I. A primeira alteração foi introduzida pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, aos arts. 2.º, 4.º e 13.º, tendo a mesma lei ainda revogado a alínea c) do n.º 1 do art. 2.º, bem como o art. 14.º:

a) Na sua redação inicial, o art. 2.º, n.º 1, alínea b), determinava que podia ser objeto de arbitragem tributária “[a] declaração de ilegalidade de atos de determinação da matéria tributável, de atos de determinação da matéria coletável e de atos de fixação de valores patrimoniais”. Com a alteração, passou a mesma alínea a dispor que pode ser objeto de arbitragem “[a] declaração de ilegalidade de atos de fixação da matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo, de atos de determinação da matéria coletável e de atos de fixação de valores patrimoniais”. A alteração teve o propósito de limitar a apreciação dos atos de fixação da matéria tributável àquelas situações em que o mesmo não dê origem a qualquer liquidação. O que se compreende, dado que, quando tais atos derem origem a uma liquidação, deverá ser esta o objeto da impugnação e não o ato de fixação da matéria tributável².

b) Ao n.º 1 do art. 4.º do RJAT, a referida lei veio acrescentar que a portaria de vinculação da administração tributária ao CAAD estabelece o tipo e o valor máximo dos litígios abrangidos.

c) O n.º 1 do art. 13.º do RJAT também foi alterado, nomeadamente o prazo para o dirigente máximo do serviço da administração tributária proceder à revogação, ratificação, reforma ou conversão do ato tributário, cuja ilegalidade foi suscitada, que passou de 8 dias a contar do conhecimento da constituição do tribunal arbitral para 20 dias a contar do conhecimento do pedido de constituição do tribunal arbitral. Além da alteração do prazo, que aumentou em 12 dias,

¹ Portaria n.º 112.º-A/2011, de 22 de março.

² Em conformidade, aliás, com aquelas que nos parecem as regras de impugnação judicial dos mesmos atos. De facto, o art. 54.º do Código de Procedimento e Processo Tributário (CPPT) estabelece um princípio de impugnação unitária de acordo com o qual os atos interlocutórios do procedimento não são suscetíveis de impugnação contenciosa e o art. 97.º, n.º 1, alínea b), do mesmo Código, que delimita o objeto do processo judicial tributário, prevê a possibilidade de impugnação dos atos de fixação da matéria tributável, quando não deem origem à liquidação de qualquer tributo.

o momento a partir do qual começa a contar o prazo também mudou. Na redação original, o prazo começava a contar a partir do momento do conhecimento da constituição do tribunal arbitral, o que significava que o tribunal arbitral se constituía e só depois é que o dirigente do serviço gozava da faculdade prevista no art. 13.º, n.º 1. Com a alteração introduzida, o prazo conta-se a partir do momento do conhecimento do pedido de constituição do tribunal arbitral, ou seja, o tribunal arbitral só se constitui depois da faculdade de exercício, por parte do dirigente máximo, prevista no n.º 1 do art. 13.º. A solução compreende-se, desde logo porque se evita a constituição do tribunal arbitral quando esta se pode revelar inútil, nomeadamente porque o órgão competente decidiu revogar o ato que está na origem do litígio, verificando-se, assim, a satisfação da pretensão do sujeito passivo, sem necessidade de intervenção do tribunal arbitral.

d) Foi revogada a alínea c) do n.º 1 do art. 2.º do RJAT, que alargava o objeto da arbitragem à apreciação de qualquer questão, de facto ou de direito, relativa ao projeto de decisão de liquidação, sempre que não fosse assegurada pela lei a faculdade de pedir a declaração de ilegalidade de atos de determinação da matéria tributável, de atos de determinação da matéria coletável e de atos de fixação de valores patrimoniais. Esta alínea tinha um carácter residual, entendendo-se, embora sem unanimidade na doutrina, que nela caberiam alguns atos preparatórios da liquidação, como, por exemplo, os relatórios de inspeção de correções efetuadas, nomeadamente em sede de impostos sobre o rendimento das pessoas singulares e pessoas coletivas, ou seja, decisões não impugnáveis diretamente, invocáveis apenas em sede de impugnação judicial do ato final de liquidação³.

e) Foi revogado o art. 14.º do RJAT, que determinava que o pedido de constituição do tribunal arbitral que tivesse por objeto um dos atos previsto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do art. 2.º do mesmo regime tinha efeito suspensivo da liquidação das prestações tributárias correspondentes às questões suscitadas quanto à parte controvertida e dos prazos de caducidade do direito à liquidação e de prescrição da prestação tributária, até à data da comunicação da decisão arbitral, exceto no caso de recurso interposto pelo sujeito passivo.

II. A segunda alteração foi introduzida pela Lei n.º 20/2012, de 14 de maio, a qual veio acrescentar ao art. 7.º do RJAT, que disciplina os requisitos da designação dos árbitros, um n.º 5, dirigido, essencialmente, aos magistrados, com o estatuto de jubilados, que exercem a função de árbitro, determinando que estes “podem exercer funções de árbitro em matéria tributária, devendo, para o efeito,

³ Sobre a insusceptibilidade de impugnação autónoma do relatório da inspeção tributária, veja-se o acórdão do Tribunal Central administrativo do Norte de 12/05/2010, processo n.º 01534/09.7BEBRG, disponível em www.dgsi.pt.

fazer uma declaração de renúncia à condição de jubilados ou solicitar a suspensão temporária dessa condição, por um período mínimo de um ano, renovável, aplicando-se em tais casos o regime geral da aposentação pública”.

III. A terceira e última alteração veio com a Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, nomeadamente aos arts. 11.º, 13.º, 17.º do RJAT, tendo ainda sido aditado um n.º 5 ao art. 25.º e dois novos artigos ao regime, nomeadamente, os arts. 3.º-A e 17.º-A:

a) O art. 11.º sofreu uma profunda alteração. Este disciplina o procedimento de designação dos árbitros e, na sua redação originária, no seu n.º 1, determinava que, nas situações em que o sujeito passivo optasse por não designar árbitro, o Conselho Deontológico do CAAD designaria o árbitro ou árbitros, notificaria as partes dessa designação no prazo de 5 dias a contar da receção do requerimento de pedido de constituição do tribunal arbitral e comunicaria a data para a realização de reunião com o árbitro ou árbitros, o dirigente máximo do serviço da administração tributária e o sujeito passivo, para efeitos de constituição do tribunal arbitral, que deveria ocorrer no prazo máximo de 15 dias. No seu n.º 2, estipulava que, nos casos em que o sujeito passivo optasse por designar árbitro, a administração tributária notificaria o presidente do CAAD da indicação efetuada pelo dirigente máximo do serviço, de um dos árbitros do tribunal arbitral, no prazo de 10 dias a contar da receção do pedido de constituição de tribunal arbitral, estipulando o n.º 3 que, em caso de incumprimento do prazo de 10 dias, o Conselho Deontológico do CAAD poderia substituir-se à administração tributária na designação de árbitro, dispondo do prazo de 5 dias para a notificar, por via eletrónica, do árbitro nomeado. O presidente do CAAD dispunha igualmente do prazo de 5 dias para notificar o sujeito passivo do árbitro nomeado (n.º 4), dispondo o sujeito passivo, por sua vez, do prazo de 10 dias para indicar o árbitro por si nomeado (n.º 5). Depois de as partes designarem, cada uma, nos termos referidos, o seu árbitro, o presidente do CAAD deveria notificar os árbitros designados para escolherem o terceiro árbitro (n.º 6). Estando designado o terceiro árbitro, o presidente do CAAD deveria notificar as partes dessa designação e da data com vista à realização da reunião com os árbitros, o dirigente máximo do serviço da administração tributária e o sujeito passivo, para a constituição do tribunal arbitral, considerando-se o tribunal constituído na data da referida reunião (n.ºs 7 e 8). Como se referiu, o artigo sofreu algumas alterações. No que respeita à competência do Conselho Deontológico do CAAD para designar o árbitro, ou árbitros, quando o sujeito passivo opte por não o designar, nada foi alterado (n.º 1, alínea a)). Foram, porém, alteradas as restantes alíneas do n.º 1 do art. 11.º (b) e c)), bem como os demais números. A notificação às partes da designação do árbitro, ou árbitros, passou a ser feita depois do decurso do prazo de exercício da faculdade prevista no art. 13.º, n.º 1, do RJAT (alínea b)). Deixou de se realizar a reunião de constituição do tribunal arbitral, sendo comunicado às partes a constituição do tribunal arbitral, decorridos 10 dias a contar da notificação da designação dos árbitros,

se a tal designação as partes não se opuserem (n.º 1, alínea c)). Quando o sujeito passivo opte por designar árbitro, deve, agora, indicar o árbitro por si designado no requerimento de pedido de constituição do tribunal arbitral (n.º 2). Já o dirigente máximo do serviço indica o árbitro por si designado no mesmo prazo que tem para exercer a faculdade prevista no art. 13.º, n.º 1 (n.º 3). À semelhança do disposto na redação anterior, caso a administração tributária não proceda à designação de árbitro, no prazo legal, o Conselho Deontológico do CAAD substitui-se à administração tributária nessa designação (n.º 4). O sujeito passivo é notificado do árbitro designado e, por sua vez, os árbitros designados são notificados para indicarem o terceiro árbitro (n.ºs 5 e 6). Designado este último, o Presidente do CAAD informa as partes dessa designação e notifica-as da constituição do tribunal arbitral, 10 dias após a comunicação da designação, se a tal constituição as partes não se opuserem (n.º 7). O tribunal arbitral considera-se, agora, constituído, decorridos 10 dias a contar da notificação da designação do árbitro ou dos árbitros (sejam os árbitros designados pelo Conselho Deontológico do CAAD, sejam-no pelas partes) (n.º 8).

b) O art. 13.º, n.º 1, do RJAT foi novamente alterado, tendo o prazo de 20 dias aí previsto, na redação anterior, passado para 30 dias.

c) O art. 17.º, n.º 1, do RJAT também foi alterado. Na sua redação originária, dispunha que, recebido o requerimento com o pedido de constituição do tribunal arbitral, este deveria notificar o dirigente máximo do serviço da administração tributária para, no prazo de 15 dias, apresentar resposta e, caso o entendesse, solicitar a produção de prova adicional. O preceito foi alterado, passando a dispor, de harmonia com as demais alterações ao regime, que só depois de recebida a notificação de constituição do tribunal arbitral é que este notifica, por despacho, o dirigente máximo do serviço da administração tributária para, agora, no prazo de 30 dias, apresentar resposta e, caso o entenda, solicitar a produção de prova adicional.

d) Ao art. 25.º do RJAT, que disciplina os fundamentos do recurso da decisão arbitral, foi aditado um n.º 5, que veio estipular a obrigatoriedade de comunicação, pelas partes, ao CAAD e à outra parte, da interposição de recurso da decisão arbitral.

e) Foi aditado o art. 3.º-A, com a epígrafe "Prazos", que veio estipular regras de contagem dos prazos. Na fase do processo arbitral tributário que o legislador designa por "procedimento", os prazos contam-se nos termos do Código do Procedimento Administrativo (n.º 1). Já na fase do processo tributário arbitral, *stricto sensu*, os prazos contam-se nos termos do Código do Processo Civil (n.º 2).

f) De harmonia com as regras de contagem dos prazos processuais, o art. 17.º-A veio, por sua vez, determinar que os prazos, no âmbito do processo tributário arbitral, *stricto sensu*, também se suspendem durante as férias judiciais.

2. O reconhecimento da natureza jurisdicional dos tribunais arbitrais constituídos no CAAD pelo TJUE

Nem sempre foi pacífico o reconhecimento da natureza jurisdicional da função exercida pelos árbitros, particularmente ao nível de alguma doutrina e da jurisprudência do TJUE. Não obstante, face à cada vez maior abertura para a utilização de meios alternativos de resolução de litígios, como a arbitragem, as coisas tendem, contudo, a alterar-se.

A jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional, por exemplo, tem-se vindo a encaminhar no sentido de reconhecer que os árbitros exercem uma verdadeira e própria função jurisdicional⁴. Já a jurisprudência do TJUE demonstrou um ponto de viragem, nomeadamente na decisão proferida no âmbito do processo C-377/13, de 12 de junho de 2014⁵, que veio a reconhecer o tribunal arbitral do CAAD como um verdadeiro órgão jurisdicional, para efeitos da aplicação do processo de reenvio prejudicial, previsto no art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Ainda que ao longo do RJAT o legislador não disponha nada quanto a esta matéria, a verdade é que, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 21 de janeiro, este determina que, “[n]os casos em que o tribunal arbitral seja a última instância de decisão de litígios tributários, a decisão é susceptível de reenvio prejudicial em cumprimento do § 3 do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”. O referido art. 267.º estabelece a competência do TJUE para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação dos Tratados e sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Acrescenta-se, ainda, no referido normativo, que, sempre que uma questão daquela natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao TJUE que sobre ela se pronuncie. No entanto, o “pode” torna-se um “deve”, sempre que a questão for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional, cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial no direito interno⁶.

⁴ Em algumas decisões do Tribunal Constitucional, entendeu-se que 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 (*jurisdictione*), se bem que não possa executá-lo, ao invés do que se passa com o «Juiz-funcionário», sendo que «esta evidente ausência de 'potestades' 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»” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 52/92, de 14/03/1992, disponível em www.tribunalconstitucional.pt). Veja-se, ainda, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 250/96, de 29/02/1996, e n.º 506/96, de 21/03/1996, ambos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

⁵ Decisão disponível em www.publications.europa.eu.

⁶ Como se pode ver, o legislador prevê o mecanismo de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia, sempre que seja suscitada no tribunal arbitral questão conexa com a interpretação dos Tratados da União Europeia, ou questões sobre a validade ou interpretação

Conforme resulta do disposto no preâmbulo do RJAT, o legislador acolheu como regra geral a da irrecorribilidade das decisões arbitrais, tendo-se, contudo, no processo n.º 137/2012-T, entendido como necessário o pedido de pronúncia ao TJUE. Nesse âmbito, foi formulada a seguinte questão: “Os artigos 4.º n.º 1 c) e n.º 2 a), 7.º n.º 1 e 10.º a) da Directiva n.º 69/335/CEE, do Conselho, de 17.07.1969 (na redacção da Directiva n.º 85/303/CEE, do Conselho, de 10.06.1985), opõem-se a uma legislação nacional, como a do DL n.º 322-B/2001, de 14 de Dezembro, que passou a sujeitar a IS os aumentos de capital social de sociedades de capitais efectuados por meio de conversão, em capital social, de créditos detidos pelos accionistas por prestações acessórias anteriormente feitas à sociedade, mesmo que estas prestações acessórias tenham sido feitas em dinheiro, tendo em conta que, à data de 01.07.1984, a legislação nacional sujeitava aqueles aumentos de capital, realizados daquele modo, a IS, à taxa de 2%, e que, à mesma data, isentava de IS os aumentos de capital realizados em dinheiro?”.

Independentemente da questão formulada, interessa-nos essencialmente a parte da decisão do TJUE, que se pronuncia quanto à sua competência e, neste âmbito em particular, quanto à questão de saber se o tribunal arbitral tributário deve ser considerado um órgão jurisdicional de um Estado-Membro, para efeitos do disposto no art. 267.º do TFUE. Os elementos utilizados pelo TJUE para aferir da natureza jurisdicional daquele tribunal foram, em conformidade com a jurisprudência existente sobre a matéria, a origem legal do organismo, a sua permanência, o carácter vinculativo da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação pelo organismo das regras de Direito, bem como a sua independência.

Tendo em consideração os referidos critérios, o Tribunal da União entendeu que o tribunal arbitral do CAAD se distingue dos demais órgãos arbitrais, qualificando-o como um órgão jurisdicional, por a sua competência resultar diretamente do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, não estando sujeita à expressão

dos atos adotados pelas Instituições, órgãos ou organismos da União Europeia. Estranha é, porém, a técnica legislativa adotada pelo legislador no preâmbulo e o facto de, depois, ao longo do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária, nada mais acrescentar sobre o reenvio prejudicial. O reenvio prejudicial não é um verdadeiro recurso, pois não incide sobre a decisão arbitral, mas uma espécie de incidente no processo que determina a suspensão da instância, até que o Tribunal de Justiça da União Europeia se pronuncie (JOSÉ MIGUEL JÚDICE e ROGÉRIO M. FERNANDES FERREIRA, “A Arbitragem Fiscal: Defeitos e Virtudes – *Liber Amicorum* Alberto Xaxier”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Alberto Xavier*, Vol. I, Clotilde Celorico Palma, Eduardo Paz Ferreira e Heleno Taveira Torres (eds.), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 811 a 841 (pp. 827 e 828). Sobre o reenvio prejudicial nos processos tributários arbitrais, veja-se, ainda, MARIA DULCE SOARES e SARA SOARES, “Do Reenvio Prejudicial Pelos Tribunais Arbitrais em Matéria Tributária”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier – Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Vol. II, Eduardo Paz Ferreira, Heleno Taveira Torres e Clotilde Celorico Palma (eds.), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 251 a 268; FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “Os Tribunais Arbitrais Tributários e o Reenvio Prejudicial”, in *Arbitragem Tributária*, n.º 1, 2014, pp. 16 e 17; NUNO DE VILLA-LOBOS e TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA, “A Natureza Especial dos Tribunais Arbitrais Tributários”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. VII, 2014, pp. 87 a 122; JOSÉ MIGUEL JÚDICE e LUÍS CASTILHO, “What Can We Infer from the Ascendi Case?”, in *Arbitragem Tributária*, n.º 2, 2015, pp. 52 a 55.

prévia da vontade das partes em pretenderem submeter o seu litígio à arbitragem; por a natureza contraditória do processo ser assegurada pelos arts. 16.º e 28.º do RJAT; por os árbitros decidirem segundo o direito constituído e não com base em critérios de equidade; por, naquele caso concreto, ser assegurada a independência dos árbitros, com a sua designação pelo Conselho Deontológico do CAAD, de entre a lista de árbitros deste; por ser garantida a imparcialidade dos árbitros, nomeadamente com a consagração de um regime de impedimentos ao exercício da função de árbitro; e, finalmente, pelos tribunais arbitrais em matéria tributária se pronunciarem no âmbito de um processo que conduz a uma decisão de carácter jurisdicional.

A decisão do TJUE acabou por contribuir para o reconhecimento e dignidade da arbitragem tributária enquanto meio de resolução de litígios em matéria jurídico-tributária.

3. O direito a apoio judiciário no acesso à arbitragem tributária

O pagamento da taxa de arbitragem é uma condição para que o sujeito passivo possa aceder ao tribunal arbitral do CAAD. Questão que se deve colocar é se os sujeitos passivos economicamente mais desfavorecidos têm apoio judiciário no acesso à arbitragem tributária. Esta é uma questão bastante pertinente, porquanto a inexistência de apoio judiciário, neste âmbito, poderá, em nosso entendimento, conforme já se referiu em outras ocasiões, colidir com a dimensão prestacional do direito fundamental de acesso ao direito e aos Tribunais, isto porque o Tribunal arbitral não pode significar desigualdade ou arbitrariedade no acesso à realização da justiça.

Ainda que a arbitragem tributária se assuma, pela forma como foi consagrada no nosso ordenamento jurídico, como uma alternativa aos meios de justiça tradicionais, a verdade é que a celeridade que os tribunais arbitrais do CAAD oferecem bem como a sua diferente composição são motivos mais do que suficientes para que a todos, sem exceção, desde que o pretendam, seja assegurado o acesso ao tribunal arbitral do CAAD. Isto é, deve ser concedido a todos os sujeitos passivos, independentemente da sua capacidade económica, um direito de escolha entre a via da arbitragem ou a via mais tradicional.

O art. 17.º, n.º 1, da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho (Lei do Acesso ao Direito e aos Tribunais), prevê a aplicação do regime do apoio judiciário a todos os tribunais, bem como às estruturas de resolução alternativa de litígios a definir por portaria⁷. A Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, em particular o art. 9.º da referida portaria, regulamenta o art. 17.º, n.º 1, da Lei do Acesso ao Direito e aos Tribunais, definindo, em anexo à portaria, quais as estruturas de resolução alternativa de litígios em que se aplica o regime do apoio judiciário. De acordo com o anexo I, alínea p), o Centro de Arbitragem Administrativa é uma das estruturas de resolução

⁷ Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto.

alternativa de litígios, ao qual, acedendo, se pode beneficiar de apoio judiciário. Assim, parece-nos não restarem, hoje, dúvidas de que os sujeitos passivos economicamente mais desprotegidos podem, tal como os outros, aceder, se assim o entenderem, ao tribunal arbitral do CAAD, beneficiando para o efeito de apoio judiciário.

A tutela conferida pela Lei do Acesso ao Direito e aos Tribunais, no acesso ao tribunal arbitral do CAAD, apesar de necessária para salvaguardar o direito fundamental de acesso ao direito e aos tribunais, levanta, contudo, duas pequenas dúvidas ao nível da sua compatibilização com o RJAT.

A primeira dúvida que se pode colocar contende com a aplicação, ou não, do regime de apoio judiciário às situações em que o sujeito passivo opte por designar um árbitro. A escolha de árbitro pelo sujeito passivo acarreta um aumento exponencial da taxa de arbitragem que por ele é devida, o que nos conduz à questão de saber se o Estado tem, ainda, a obrigação de suportar o acréscimo da despesa que decorre da escolha do sujeito passivo.

O sentido afirmativo poderá advogar-se com base nas exigências que decorrem do princípio da igualdade em que assenta o direito fundamental de acesso ao direito e aos tribunais, ou seja, se aquele que tem maior capacidade económica tem a faculdade de escolher um árbitro, também àquele que tem menor capacidade económica deverá ser assegurada idêntica faculdade.

O sentido negativo, que nos parece o mais adequado, poderá sustentar-se com fundamento na ideia de que a realização do direito fundamental de acesso ao direito e aos tribunais basta-se com o assegurar da faculdade do sujeito passivo em aceder ao tribunal arbitral, ainda que não disponha da possibilidade de escolher o árbitro. Isto porque a justiça arbitral não lhe é negada, apenas devendo existir um equilíbrio entre a obrigação que o Estado tem de assegurar o acesso ao direito e aos tribunais e a despesa que ao Estado cabe suportar na realização desse direito fundamental, que, por força do princípio da sustentabilidade financeira do próprio regime do apoio judiciário, deve ser, de alguma forma, balizada.

A segunda dúvida contende com a interpretação que deve ser feita do art. 10.º, n.º 1, alínea f), do RJAT, que impõe a obrigatoriedade de o sujeito passivo, juntamente com o pedido de constituição do tribunal arbitral, apresentar o comprovativo de pagamento da taxa de arbitragem inicial, em conjugação com o art. 12.º, n.º 4, do RJAT, que impede a constituição do Tribunal arbitral, caso o pagamento da taxa de arbitragem inicial não seja feita atempadamente, quando o sujeito passivo, tendo requerido o apoio judiciário, não tenha, à data do pedido de constituição do tribunal arbitral, ainda obtido uma resposta por parte da entidade competente.

A questão prende-se com o facto de saber se, não tendo ainda em sua posse o documento comprovativo do deferimento do pedido de apoio judiciário, o sujeito passivo pode, ainda assim, fazer um pedido de constituição do tribunal arbitral, juntando o comprovativo do requerimento efetuado junto do Instituto da Segurança Social, ou se, pelo contrário, face ao disposto nos arts. 10.º, n.º 1, alínea

f), e 12.º, n.º 4, do RJAT, tal faculdade não lhe assiste, devendo, caso pretenda a constituição do tribunal arbitral, proceder ao pagamento da taxa de arbitragem inicial.

Uma solução possível, tendo em atenção exclusivamente a letra da lei e o RJAT, é, de facto, a de que o sujeito passivo, perante a situação descrita, deverá proceder ao pagamento da taxa de arbitragem inicial, juntando, com o pedido de constituição do tribunal arbitral, o respetivo comprovativo de pagamento e aguardar a decisão do órgão administrativo que, sendo-lhe favorável, deverá implicar o reembolso obrigatório do montante pago ao CAAD. Esta ideia é defensável, caso se entenda que, se o legislador pretendesse uma solução diferente, a teria certamente acautelado no próprio RJAT, excepcionando, nos normativos citados, as situações em que estivesse pendente um pedido de apoio judiciário, junto da entidade competente.

Uma solução igualmente possível é a da interpretação dos arts. 10.º, n.º 1, alínea f), e 12.º, n.º 4, do RJAT, em harmonia com o art. 29.º, n.º 2 e n.º 5, alínea a), da Lei do Acesso ao Direito e aos Tribunais, que dispõe que os interessados devem apresentar o documento comprovativo da apresentação do pedido de apoio judiciário no momento em que devem exibir o documento comprovativo do pagamento da taxa de justiça, neste caso, taxa de arbitragem inicial, suspendendo-se o prazo do respetivo pagamento até ao momento em que a decisão final do Instituto da Segurança Social for conhecida.

Esta última é a interpretação que, em nosso entendimento, melhor se ajusta à realização do direito fundamental de acesso ao direito e aos tribunais. De facto, não nos parece fazer sentido exigir-se do sujeito passivo o adiantamento da taxa de arbitragem inicial, pois ele pode, efetivamente, não ter condições de a pagar, o que, caso assim se venha a entender, se pode traduzir num afastamento irrazoável e arbitrário da justiça arbitral, que não se coaduna com as exigências decorrentes do direito fundamental do acesso ao direito e aos tribunais.

4. O recurso das decisões arbitrais: em especial, o recurso da decisão arbitral que está em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com uma outra decisão arbitral

O sujeito passivo pode colocar em crise a decisão arbitral por via de dois meios distintos. Os dois esquemas de revisão da decisão arbitral que o legislador coloca à disposição dos sujeitos passivos são o recurso e a impugnação. Ambos os meios têm fins e propósitos diferentes, pois, enquanto um incide sobre o mérito da decisão arbitral (o recurso), o outro incide sobre aspetos relacionados com a competência dos árbitros e outros aspetos procedimentais, formais ou estruturais (impugnação). Vamos, neste ponto, focar-nos, apenas, no recurso, enquanto meio de colocação em crise da decisão arbitral.

O legislador acolheu como regra geral, no RJAT, a da irrecorribilidade das decisões arbitrais. Já tivemos oportunidade de nos pronunciarmos a respeito de

algumas dúvidas de (in)constitucionalidade que a decisão promovida pelo legislador levanta, nomeadamente por colidir com o direito fundamental de acesso ao direito e aos tribunais, previsto no art. 20.º da nossa Constituição⁸. Entendemos, pois, que aquele direito fundamental garante que as decisões arbitrais sejam passíveis de recurso, para um outro grau de jurisdição, pelo menos uma vez. Tal não significa, porém, que esse outro grau de jurisdição tenha de ser assegurado num tribunal estadual. Com efeito, admite-se que o recurso de mérito das decisões arbitrais possa ser feito para uma segunda instância arbitral, ao contrário, porém, da impugnação da decisão arbitral, a qual deverá, sempre, ser garantida junto de um tribunal estadual, a quem não poderá deixar de caber a tarefa de fiscalização do exercício da função jurisdicional pelos árbitros, nos aspetos suprarreferidos. De igual modo, nunca poderá deixar de ser assegurado o direito de recurso para o Tribunal Constitucional, enquanto guardião máximo da nossa Constituição.

A questão que trazemos neste ponto é nova, pelo menos quando tratada por nós, e decorre de um problema que se suscita no desenvolvimento prático da arbitragem, em matéria tributária. Na verdade, a identificação deste problema acaba por ser um argumento a favor da nossa posição, no que respeita à necessidade da garantia de recurso do mérito da decisão arbitral, ainda que esta seja para uma segunda instância arbitral e não para um tribunal estadual.

O legislador permite o recurso da decisão arbitral para o Supremo Tribunal Administrativo quando esta “esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo”⁹. Sucede, porém, que a prática tem vindo a demonstrar que as decisões arbitrais podem estar em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, em relação a uma decisão do Supremo Tribunal Administrativo ou a uma decisão do Tribunal Central Administrativo, mas podem, também, estar em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com uma outra decisão arbitral em matéria tributária¹⁰. Quando isto acontece, o recurso do mérito da decisão não se mostra diretamente assegurado pelo RJAT e parece-nos que as razões que levaram o legislador a admitir o recurso nas duas situações acima descritas são as mesmas que justificam que o legislador admita o recurso quando a decisão arbitral esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com uma outra decisão arbitral.

⁸ Sobre esta questão e outras discutidas ao longo deste texto, pode ver-se o nosso *Justiça Tributária – Prevenção e Resolução Alternativa de Litígios*, Coimbra, Almedina, 2018, no prelo.

⁹ Cfr. art. 25.º, n.º 2, do RJAT.

¹⁰ Veja-se, por exemplo, algumas decisões arbitrais que decidiram em sentido contrário, nomeadamente quanto à questão da dedutibilidade de certos benefícios fiscais à coleta resultante das tributações autónomas (veja-se, por exemplo, a decisão arbitral de 28/06/2016, processo n.º 722/2015-T, que se decidiu pela ilegalidade da dedutibilidade do SIFIDE à coleta das tributações autónomas, e a decisão arbitral de 16/05/2016, processo n.º 740/2015-T, em se decidiu em sentido contrário, ambas disponíveis em www.caad.org.pt).

Repare-se que a questão é tanto mais pertinente quanto o facto de, dada a maior celeridade dos processos na arbitragem, poder ocorrer uma oposição de julgados entre questões de direito que nunca foram apreciadas num tribunal estadual de jurisdição superior. Ou seja, na prática, o que se pode verificar é uma oposição de julgados, quanto à mesma questão fundamental de direito, entre duas decisões arbitrais e as partes não poderem recorrer do mérito da decisão arbitral em oposição, pois essa mesma questão fundamental de direito, apesar de estar em oposição com uma outra decisão arbitral, não está em oposição com uma decisão do Supremo Tribunal Administrativo ou do Tribunal Central Administrativo. Isto poderá acontecer, nomeadamente, porque essa mesma questão de direito, dada a tendencial maior celeridade da arbitragem, ainda não foi, sequer, objeto de apreciação num tribunal estadual, ou, se o foi, não chegou ao Supremo Tribunal Administrativo ou ao Tribunal Central Administrativo.

Esta realidade, além de limitar de forma discriminatória o direito de recurso do mérito das decisões arbitrais, contribuindo, em nosso entendimento, para agravar os juízos de inconstitucionalidade a respeito do regime de recurso previsto no RJAT, tem, desde logo, um efeito perverso, que é o facto de os árbitros poderem ser escolhidos, pelas partes, "à medida" dos seus interesses.

Com efeito, o RJAT permite ao sujeito passivo optar por designar um árbitro, ainda que se verifique um severo agravamento do valor das taxas a pagar. Podendo escolher, certamente que o sujeito passivo vai escolher o árbitro que, numa situação idêntica, decidiu de uma forma que vai, no momento, ao encontro dos seus interesses. Uma agravante desse efeito perverso é o facto, de, por um lado, os sujeitos passivos economicamente mais desfavorecidos não poderem, na prática, optar por escolher um árbitro, dado o elevado valor das taxas nestas situações, e, por outro, de os sujeitos passivos que decidam optar pela resolução do litígio que os opõe à Administração Tributária, junto dos tribunais estaduais, não poderem escolher o juiz "à medida dos seus interesses".

É este efeito perverso do regime do recurso do mérito das decisões arbitrais, que certamente o legislador não quis criar, que nos conduz a defender a necessidade de se fazer uma interpretação extensiva do art. 25.º, n.º 2, do RJAT, tendo por base a unidade do sistema jurídico, bem como, e particularmente, a *ratio legis*, isto é, a axiologia normativa subjacente à criação daquele preceito¹¹. Certamente que, na referida norma, o legislador disse menos do que quis dizer, não desejando criar no regime de recurso do mérito da decisão arbitral, previsto no RJAT, aquele efeito, absolutamente perverso, até porque, como se referiu, as razões que estão na origem da opção do legislador de admitir o recurso de mérito em relação às decisões que estão em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com uma decisão do Supremo Tribunal Administrativo ou do

¹¹ Sobre a interpretação das normas jurídicas, veja-se JOÃO BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 2013.

Tribunal Central Administrativo são as mesmas que justificam o recurso nas situações em que a oposição se verifica em relação a uma outra decisão de um tribunal arbitral constituído no CAAD.

Desde modo, ao intérprete da lei deve exigir-se que faça uma interpretação conforme os interesses que a norma tem por objetivo tutelar, ou seja, de acordo com a *ratio legis*. Esta interpretação extensiva é, no momento, a única que nos parece mostrar-se mais adequada a evitar uma lesão mais séria dos interesses do sujeito passivo e, em particular, dos interesses públicos que cabe à administração tributária defender.

Em todo o caso, parece-nos que se justificará, *de iure condendo*, uma alteração ao regime, quer consagrando expressamente a possibilidade de recurso da decisão arbitral que está em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, em relação a uma outra decisão arbitral, quer alargando o objeto do recurso do mérito das decisões arbitrais. Mais, parece-nos adequado, tendo em consideração a natureza da arbitragem e a opção feita, *ab initio*, pelas partes, que o recurso seja permitido, ainda dentro da jurisdição arbitral, para uma segunda instância arbitral, sem prejuízo de se dever garantir sempre, conforme já se referiu, o direito de impugnação da decisão arbitral junto de um tribunal estadual, bem como o direito de recurso para o Tribunal Constitucional.

5. Alguns dados empíricos

De um ponto de vista empírico, gostaríamos de, neste ponto, dar conta de alguns dados estatísticos demonstrativos do acolhimento que a arbitragem tributária tem vindo a merecer por parte dos sujeitos passivos. No que respeita à administração tributária, sabemos que a mesma se vinculou à jurisdição dos tribunais arbitrais do CAAD pela Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março¹², e que, por força dessa vinculação, não pode, num caso em concreto, recusar-se a submeter determinado litígio à arbitragem. Assim, o sucesso ou insucesso da arbitragem revela-se, essencialmente, ao nível da muita, ou pouca, adesão que esta tem vindo a merecer por parte dos sujeitos passivos.

Assim, tendo em consideração os últimos dados a que tivemos acesso na *Revista Arbitragem Tributária*, editada pelo CAAD, pode dizer-se que, desde 2011 até 2014, o número total de processos entrados subiu de 26, em 2011, para 850, em 2014. Em 2015 e 2016, porém, verificou-se um decréscimo do número total de processos entrados. De 850, em 2014, passámos para 789, em 2015, e 772, em 2016. Entre janeiro e agosto de 2017, tinham entrado cerca de 475 processos, o que demonstra uma tendência decrescente¹³.

¹² Pela portaria, vincularam-se à jurisdição dos tribunais arbitrais do CAAD a Direção-Geral dos Impostos (DGCI) e a Direção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo (DGAIEC), atual Autoridade Tributária e Aduaneira.

¹³ Dados disponíveis in *Revista Arbitragem Tributária*, n.º 7, de junho de 2017, pp. 67 a 69.

Repare-se, contudo, que este decréscimo do número de processos entrados não é demonstrativo, em absoluto, de uma tendencial preferência pela justiça tradicional, em detrimento da arbitragem. Ainda que seja verdade, e natural, que o número de processos entrados nos tribunais estaduais seja superior ao número de processos entrados no CAAD, a verdade é que também naqueles tribunais se tem vindo a verificar um decréscimo no número de processos entrados. Com efeito, o número de processos entrados em 2015, em matéria fiscal, nos tribunais tributários de 1.ª instância foi de 24799, enquanto, em 2016, foi de 16523¹⁴. Tem-se verificado, assim, quer na arbitragem, quer na justiça tradicional, uma tendencial redução do número de processos entrados, pelo menos nos anos que se toma como referência.

Com interesse, poderá, ainda, dizer-se que, efetivamente, a resolução dos litígios nos tribunais arbitrais do CAAD, de acordo com os dados da mesma Revista, tem vindo a revelar-se célere. Com efeito, em média, sem prejuízo da possibilidade de recurso e de impugnação da decisão arbitral, os processos duram cerca de 4 meses¹⁵. Além disso, a maior parte dos processos arbitrais corre sem que se verifique uma designação do árbitro pelas partes. No entanto, e não obstante a percentagem redutora do número de processos que ocorre com designação de árbitro pelas partes, a verdade é que esta pequena percentagem tem vindo a crescer nos últimos tempos¹⁶.

¹⁴ Dados disponíveis em www.siej.dgpj.mj.pt.

¹⁵ Dados disponíveis in *Revista Arbitragem Tributária*, n.º 7, de junho de 2017, pp. 67 a 69.

¹⁶ Com efeito, por exemplo, nos dados estatísticos da *Revista Arbitragem Tributária*, n.º 3, de junho de 2015, p. 59, a percentagem do número de processos com designação de árbitro foi de 2,3%; já na *Revista Arbitragem Tributária*, n.º 7, de junho de 2017, p. 67, a percentagem do número de processos com designação de árbitro foi de 4,4%.

La mediación intrajudicial en ejecución de sentencia.

El caso del antiguo edificio de Fenosa (A Coruña, España)

MARTA GARCÍA PÉREZ *

1. Introducción

En el año 2011 publiqué una monografía sobre *Arbitraje y Derecho Administrativo*¹ que redacté en un contexto personal y profesional muy propicio para la profundización en las llamadas fórmulas alternativas de resolución de conflictos. Mi especialización en Derecho administrativo desde las lecciones impartidas en la Universidad, de un lado, y el conocimiento de la práctica judicial contencioso-administrativa adquirida en mis colaboraciones como magistrada suplente en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de otro lado, me permitieron proponer la aplicación del arbitraje a los conflictos contencioso-administrativos, no sin dudas e incertidumbres.

La oportunidad de dirigir los servicios jurídicos del Ayuntamiento de A Coruña (España) entre los años 2015 y 2019 me permitió reafirmarme en algunas de las cuestiones enunciadas entonces, sobre todo en el diagnóstico de una Justicia en tratamiento de larga duración y necesitada de tratamientos innovadores. Pero, además, la experiencia profesional me exigió afrontar controversias jurídicas aparentemente enquistadas, difícilmente abordables desde la perspectiva contenciosa tradicional y abocadas a perdurar en la historia litigiosa de la ciudad sin remedio.

El caso más singular y que justifica estas páginas es el de un edificio construido en una céntrica calle de la ciudad, ahora dedicado mayoritariamente a viviendas, y que fue en su día la sede de la compañía eléctrica Fenosa.

La transformación en edificio de viviendas se produjo a partir de una licencia de rehabilitación otorgada en 1997, que resultó anulada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en 2001, estableciéndose en el fallo lo siguiente:

“Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D.º MBF en cuanto dirigido contra el apartado segundo del acuerdo de 10-11-97 del Ayuntamiento de A Coruña por el que se otorga licencia para la rehabilitación del inmueble sito en el n.º 2 de la calle Fernando Macías para ser destinado a viviendas

* Profesora titular de Derecho Administrativo en la Universidade da Coruña y Directora de la Aseoría Jurídica del Ayuntamiento de A Coruña.

¹ Thomson Reuters, Aranzadi.

y locales comerciales, acto que anulamos por ser contrario a derecho, por lo que deberá procederse a su demolición [...]".

La sentencia determinó que la licencia concedida infringía las determinaciones del entonces vigente Plan General de Ordenación Urbana de 1985 en varios aspectos: incumplimiento de la normativa sobre habitabilidad prevista en el Decreto 311/92 en materia de dimensiones del patio posterior de uno de sus bloques; incumplimiento de la normativa sobre número de plazas de aparcamiento; e incumplimiento de la normativa sobre ordenación espacial por razón de estética. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la promotora en 2006, deviniendo firme la sentencia.

A partir de ese momento se inició un larguísimo periplo de actuaciones, a instancia de la promotora, del Ayuntamiento o de la Comunidad de Propietarios del edificio, dirigidas todas ellas a evitar la demolición del edificio. Una sucesión de incidentes de inejecución, por imposibilidad legal o material, de nulidad de actuaciones e incluso recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional se saldaron con sucesivos pronunciamientos judiciales que obligaban a ejecutar la sentencia, concretándose su alcance de modo muy rotundo en una sentencia durísima del Tribunal Supremo de 2016 en la que, sin dar margen a la duda, se señalaba que el Ayuntamiento debía *"dejar el edificio en el estado en que se encontraba en el momento de iniciarse los trabajos de rehabilitación amparados en la licencia declarada ilegal"*. Poner lo que se quitó y quitar lo que se puso, por utilizar una expresión coloquial que obra en varios escritos del extensísimo expediente judicial.

A instancias del Gobierno municipal, desde la Asesoría Jurídica se acometieron las primeras actuaciones efectivamente dirigidas a la ejecución de la sentencia. Veinte años después del otorgamiento de la licencia que originó el conflicto, los servicios municipales recibieron el encargo de evaluar el estado del edificio, calcular el coste de la demolición, determinar los modos de financiarlo... Y, lo que es más importante, se planteó contactar con la recurrente para tratar de acometer la ejecución sin más controversia. Es entonces cuando surge la propuesta municipal de proceder a ejecutar la sentencia a través de una mediación intrajudicial.

Un escrito dirigido por la Asesoría Jurídica a la Sala en septiembre de 2018 planteó *"que es voluntad de esta parte llevar a cabo las actuaciones pendientes en un marco de diálogo y acuerdo que favorezca la adecuada ponderación de los intereses en conflicto y la preservación del interés general, lo cual podría alcanzarse a través del impulso por la Sala de una mediación intrajudicial, al amparo del artículo 77 de la Ley Jurisdiccional y de acuerdo con las reglas establecidas para su desempeño por el Consejo General del Poder Judicial"*; por lo que se suplicaba a la Sala *"que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tener por hechas las manifestaciones que contiene y, tras valorar la pertinencia de la mediación en el marco de la presente ejecución de sentencia, acuerde lo que corresponda y proceda a convocar a las partes a una sesión informativa,*

con los trámites subsiguientes que procedan, suspendiendo, entre tanto, el curso de las actuaciones durante el tiempo estrictamente indispensable”.

A partir de ese momento, se sucedieron trámites hasta entonces inexplorados que concluyeron, más de tres meses después, en acuerdos de mediación y un auto de homologación que puso fin a la controversia. Sin duda, un final del conflicto que puede compartirse en su totalidad, en parte, o simplemente no compartirse. Pero que supuso poner fin a veinte años de controversia, múltiples recursos públicos y privados probablemente malgastados y la angustia y la zozobra de cerca de cien familias, entre ellas la de la recurrente.

2. La base de las actuaciones: la guía para la práctica de la mediación intrajudicial elaborada por el Consejo General del Poder Judicial

La mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo no está regulada, más allá de las referencias genéricas que suelen realizarse al artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al que más adelante me referiré.

Pese a ello, el Consejo General del Poder Judicial ha publicado en su página web una *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*², que, como señala en su Presentación, “se pone de nuevo a disposición de los jueces y juezas, desde luego, y también de todos aquellos que estén interesados en avanzar en la ya definitiva e incuestionable presencia de la mediación intrajudicial en la práctica cotidiana de nuestros Juzgados y Tribunales”, bajo la premisa de “su utilización por los órganos judiciales es hoy día evidente, y reconocida expresamente a nivel europeo e internacional”.

Como allí se expresa, “la mediación intrajudicial no es una alternativa al proceso, sino todo lo contrario. Se inserta en el mismo, y se despliega bajo control judicial, con respeto pleno a las normas sustantivas, así como al complejo sistema de garantías procesales que definen el debido proceso, en todos los órdenes jurisdiccionales”.

La mediación contencioso-administrativa tiene sus peculiaridades, y a ella se refiere la *Guía* (pp. 165 a 182). Son destacables las siguientes consideraciones:

a) Premisas

El principio constitucional de reserva de jurisdicción, que imposibilita la atribución al poder ejecutivo de funciones jurisdiccionales, no impide, sin embargo, que la comunidad instituya fórmulas o técnicas, como la mediación, que contribuya a resolver los conflictos que oponen a los ciudadanos con las Administraciones

² <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>.

Públicas. La revalorización de la posición institucional del juez contencioso-administrativo exige no solo un adecuado ejercicio de la función jurisdiccional de resolución de las controversias que enfrentan a los ciudadanos con la Administración en un tiempo razonable y dando una respuesta jurídica motivada y de calidad, sino también, su leal compromiso con la aplicación de las técnicas de mediación que propugna el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

b) Principios

Voluntariedad. Se trata de un proceso voluntario, tanto en la decisión de inicio como en su desarrollo y en su finalización, pudiendo ser desistido por las partes implicadas en cualquier momento. Pero ese consentimiento debe estar suficientemente informado. Corresponde al mediador dar esa información previa al consentimiento en la primera sesión informativa; en ella se explicará a las partes en conflicto, así como a sus Letrados, la finalidad y contenido del proceso de mediación. Tras la información que el mediador proporciona, las partes son libres de aceptar o rechazar el proceso de mediación como método para la gestión, transformación y solución de su conflicto.

Confidencialidad. Se garantizará la confidencialidad del contenido de las sesiones de mediación y de la documentación utilizada, no pudiendo ser reclamada la información obtenida por el mediador a lo largo del proceso, al que asiste el secreto profesional.

Imparcialidad y neutralidad. El mediador no tendrá intereses respecto de alguna de las partes, ni respecto del objeto del conflicto. El mediador no toma decisiones sobre la controversia. Su papel es el de catalizador del diálogo sereno que permita aflorar opciones múltiples para solucionar el conflicto y dirige el proceso, pero siendo neutral y procurando el equilibrio de las partes durante el procedimiento.

Bilateralidad y buena fe. El principio de bilateralidad, en lógica consonancia con la filosofía de la mediación, supone que ambas partes disponen de las mismas oportunidades para expresarse, sin más limitación que la establecida por el mediador para el buen desarrollo de las sesiones.

Flexibilidad. El proceso de mediación debe ser flexible para poder adaptarse a las circunstancias concretas del caso y de los sujetos. Las pautas a seguir se convienen en cada caso por el mediador y las partes al inicio del proceso, incluida su duración.

Profesionalidad. La mediación es un proceso de diálogo asistido y gestionado por un profesional, con formación multidisciplinar (gestión de emociones, escucha activa, psicología, negociación, etc.) que le proporciona la preparación técnica adecuada para reconducir las posturas procesales cerradas de las partes hacia los intereses de cada uno, que debe saber aflorar y, desde allí, establecer el marco para que la negociación se encarrile hacia el acuerdo satisfactorio.

Garantías legales. En el proceso de mediación la asistencia letrada, en todo caso, queda garantizada, sin que exista menoscabo de la función de asesoramiento y dirección jurídica de los Abogados de cada parte.

c) Ámbito de aplicación

La mediación podrá ser aplicada en asuntos que se diriman en sede judicial en cualquier momento de la primera instancia, en la fase de los recursos o en *la ejecución de sentencia*.

Es muy recomendable usar este recurso en todas las ejecuciones de hacer cuando exista un incidente de ejecución que evidencie un nuevo conflicto sobre el cumplimiento exacto de la sentencia.

d) Suspensión del proceso contencioso-administrativo

El comienzo de la mediación suspenderá el proceso judicial si ello fuera necesario, o por acuerdo de las partes cuando así lo soliciten al amparo de lo previsto en el artículo 77.2 de la LJCA.

e) Partes

Si bien son las partes interesadas quienes de manera personal han de acudir a la mediación, podrán ser asistidas de sus abogados, asesores y técnicos pertinentes. Si se trata de personas jurídicas deberán tener plena capacidad para la negociación y la adopción de acuerdos. En el caso de las Administraciones Públicas, además de los Abogados del Estado y representantes legales de la Administración, podrán acudir aquellos técnicos que sean designados por el órgano administrativo autor del acto impugnado y hayan tenido intervención principal en relación con el objeto del proceso.

f) Procedimiento

Sin perjuicio de las facultades del juez para que en cualquier momento del proceso pueda ejercer una función mediadora de carácter informal, el procedimiento de mediación deberá iniciarse a instancias del Juez competente, de común acuerdo entre las partes o a petición de una de ellas.

Podrán someterse a mediación con carácter general las controversias que se diriman en sede judicial contenciosa, en cualquier momento de la primera instancia, o de los recursos, o de la ejecución de la sentencia.

El Juez, con la colaboración de los Letrados de la Administración de Justicia, seleccionará las materias susceptibles de mediación administrativa intrajudicial.

La participación del Letrado de la Administración de Justicia se centra en la adopción de medidas técnico-procesales que permitan impulsar el procedimien-

to de mediación intrajudicial y que este se desenvuelva con normalidad, para lo cual podrá dictar las diligencias de ordenación, de constancia, de comunicación y decretos, como resoluciones propias de los Letrados A.J, en virtud de lo dispuesto en el artículo 456 LOPJ y 206.2 LEC.

El Juez o Tribunal que conozca del procedimiento, si considera que el asunto puede ser susceptible de mediación, dictará una providencia y la notificará a las partes instándolas a acudir a una sesión informativa, para lo cual concederá un plazo a fin de que aquellas muestren su aquiescencia, de forma expresa o, en su caso, de forma tácita, cuando no se oponga la Administración demandada. Dicho impulso procesal también puede ser realizado por el Letrado de la A.J. a través del correspondiente Decreto.

En la Providencia o Decreto deberá figurar con claridad el objeto del litigio que puede ser sometido a mediación, además de todas las menciones propias de una resolución jurisdiccional. En todo caso, deberá contener:

- La expresa referencia a los principios rectores de la mediación.
- La posibilidad de que las partes acudan a una primera diligencia informativa con el mediador o mediadores que designen.
- La necesaria previsión de que sean las partes quienes acudan de manera personal a las sesiones de mediación acompañadas de su asesor legal, así como, por parte de la Administración, también el técnico en virtud de cuyo informe o actuación se hubiera llegado al acuerdo impugnado.
- La consignación de que mientras duren las conversaciones, el pleito principal puede quedar suspendido, sin que sean computables plazos de prescripción o caducidad.
- Las prevenciones necesarias sobre las consecuencias inherentes al incumplimiento de los principios de buena fe y reciprocidad que pudieran ser observadas por el mediador en el transcurso de las sesiones, incluido el apercibimiento sobre imposición de costas. Es conveniente que contenga los datos personales y de contacto de los litigantes y de sus abogados y/o procuradores.

Una vez acordada la derivación de la mediación mediante providencia o decreto y citadas las partes para comparecer el día y la hora señalados, podrá acordarse la suspensión del proceso si fuera necesario, por un plazo que se recomienda no sea superior a sesenta días hábiles a contar desde del comienzo de la fase informativa de la mediación. Este plazo puede prorrogarse a instancia de parte y previo informe del mediador cuando las circunstancias así lo justifiquen y se aprecie la existencia de indicios que puedan conducir a un acuerdo consensuado.

Recibida por el Juez el acta final de mediación, si no hay acuerdo, el proceso se reanuda en la fase en que se encontrase.

Si las partes llegan a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará Auto declarando terminado el procedimiento,

siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

La ejecución de dicho Auto se realizará de acuerdo con lo previsto en el artículo 103 y siguientes de la LRJCA.

g) El acuerdo de mediación

El acuerdo de mediación intrajudicial puede versar sobre una parte o la totalidad de las materias sometidas a dicho procedimiento.

Cuando la mediación termine con acuerdo total o parcial de las partes, se firmará un acta con tantos originales como partes y se comunicara al órgano judicial la finalización del proceso de mediación, adjuntando copia total o parcial del acuerdo si las partes así lo autorizan expresamente.

El acta contendrá las decisiones de las partes sobre todos los temas que les preocupen y en particular aquellas que jurídicamente deban resolver para poner fin al procedimiento judicial iniciado, pero sin revestir forma jurídica ya que esa será la labor del abogado o abogados del caso.

En el acta deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de la ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

El acuerdo de mediación intrajudicial deberá firmarse por las partes o sus representantes y el mediador en el mismo día de su conclusión.

Cuando se trate de acuerdos que deban ser autorizados por la Administración competente a través del correspondiente testimonio, la aceptación deberá presentarse al mediador, en el plazo máximo de diez días desde el acta final, para su firma.

Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación. Dicho documento será título que lleva aparejada ejecución.

Cualquiera de las partes podrá protocolizar notarialmente el acuerdo de mediación a su costa.

El acuerdo de mediación produce efectos de cosa juzgada para las partes, en el caso de que no se haya recurrido por el interesado o por terceros.

El acuerdo podrá tener carácter provisional y condicionado a la correspondiente autorización previa por parte de las Administraciones Públicas en los casos que sea preciso la autorización oportuna para llegar a acuerdo o transacción.

El acuerdo de mediación administrativa tendrá eficacia ejecutiva y será título suficiente para que el juez o tribunal pueda dictar la resolución judicial que corresponda.

3. Aplicación de la mediación al caso “Antiguo Edificio de Fenosa”

Dada la litigiosidad que había arrastrado a lo largo de los años la ejecución de la sentencia de demolición del antiguo edificio de Fenosa, parecía recomendable y deseable iniciar una nueva vía de actuación en la que prevaleciese el acuerdo sobre la confrontación.

El enfrentamiento entre demandante (una vecina de la localidad, en virtud de la acción pública) y demandado (Ayuntamiento de A Coruña) en el proceso de origen se había trasladado de forma recurrente a la fase de ejecución de la sentencia, sin que hubiese siquiera llegado a tener lugar un debate sereno y transparente sobre la ejecución de la sentencia, su alcance y sus consecuencias.

El Ayuntamiento quiso plantear a la Sala, al recurrente y a los representantes de la Comunidad de Propietarios los diversos escenarios que se abrían ante la exigencia establecida en la última de las sentencias recaídas a lo largo de estos años de que *“prosiga la ejecución de la sentencia, pronunciada por la Sala de instancia con fecha 20 de diciembre de 2001 en el recurso contencioso-administrativo número 6937 de 1997, en sus propios términos mediante la demolición de las obras de rehabilitación ejecutadas, cuya licencia fue anulada por la referida sentencia, para que el edificio en cuestión quede en la situación en la que se encontraba antes del otorgamiento de la misma”*. La mediación intrajudicial ofrecía un marco idóneo por lo que, a impulso de la Asesoría Jurídica municipal, se sucedieron las siguientes actuaciones.

- El 25 de septiembre de 2018 la Asesoría Jurídica Municipal presentó un escrito ante la Sala solicitando que se abriese un proceso de mediación.

- Por Providencia de 2 de octubre de 2018 la Sala acordó suspender el curso del proceso por un plazo no superior a 60 días, derivar el pleito a mediación y convocar a las partes a una sesión de mediación. Contra dicha providencia se interpusieron varios recursos de reposición por parte de propietarios de viviendas en el edificio, que fueron desestimados por Auto de 29 de octubre de 2018.

- En dicha sesión, celebrada en la Sala de Vistas el día 8 de octubre de 2018, las partes recurrente y recurrida, así como la representación legal de la Comunidad de Propietarios aceptaron la derivación a mediación.

- El 17 de octubre de 2018 las partes recurrente, recurrida y la representación de la Comunidad de propietarios una reunión de premediación celebraron en la Sala de Juntas de Presidencia del TSJ de Galicia, en la que acordaron solicitar a don Pascual Sala la intervención como mediador.

- El 24 de octubre de 2018 tuvo lugar una reunión preliminar entre el mediador y las representantes del Ayuntamiento de A Coruña.

- El 31 de octubre de 2018 se celebró por videoconferencia una sesión informativa entre el mediador y la parte recurrente, recurrida y representación de la Comunidad de Propietarios. En dicha sesión el mediador expuso a los presentes la normativa de aplicación a la mediación, los principios que la rigen, el calendario de sesiones individuales y conjuntas y las diferentes formas de terminación del

procedimiento, con referencia a los eventuales acuerdos a adoptar, su homologación y los recursos procedentes.

- Ese mismo día se recibió la notificación del Auto de 29 de octubre de 2018 por el cual la Sala desestimó los recursos de reposición contra la Providencia de 2 de octubre de 2018.

- El 7 de noviembre de 2018 tuvo lugar la sesión constitutiva, por videoconferencia, con presencia del mediador (desde su sede de Madrid) y la parte recurrente, recurrida y representación de la Comunidad de propietarios (reunidos presencialmente en la Sala de Juntas de Presidencia del TSJ de Galicia). Los acuerdos adoptados quedaron recogidos en un Acta firmada por todas las partes y remitida a la Sala del TSJ de Galicia.

- Los días 29 de noviembre de 2018, 10 y 18 de diciembre de 2018 se celebraron sesiones presenciales de mediación en la Sala de Juntas de Presidencia del TSJ de Galicia.

- Por Providencia de la Sala del TSJ de Galicia de 8 de enero de 2019 se acordó autorizar una prórroga de la suspensión del procedimiento hasta el 31 de enero de 2019.

- Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 31 de enero de 2019, se autorizó a la Directora y a la Jefa de Servicio de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de A Coruña a suscribir los acuerdos de mediación alcanzados entre el Ayuntamiento y la recurrente, por un lado, y el Ayuntamiento y la Comunidad de Propietarios, por otro. La autorización se condicionó en su validez y eficacia a la homologación de la totalidad de los acuerdos adoptados en el seno de la mediación por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

- Los acuerdos, una vez firmados por las partes, se elevaron a la Sala, solicitando su homologación judicial.

El 8 de febrero de 2019, el Pleno de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó un Auto cuya parte dispositiva señaló:

“ACORDAMOS la homologación judicial de los Acuerdos de Mediación adoptados por las partes en el presente incidente en virtud de mediación intrajudicial, en los términos expuestos en el antecedente de hecho tercero de la presente resolución, al no ser los mismos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico, ni lesivos del interés público o de terceros, por lo que no existiendo motivos que justifiquen la continuación del proceso, se declara finalizado, acordándose su archivo, por haberse alcanzado un acuerdo que le pone fin”.

Con el respeto que merece el deber de confidencialidad que rodea el procedimiento de mediación, pueden señalarse los *acuerdos adoptados*, sobradamente conocidos tras la publicación del Auto de 8 de febrero de 2019.

El acuerdo principal pasa por sustituir la ejecución in natura de la sentencia por la adopción de un conjunto de acuerdos suscritos entre el Ayuntamiento de

A Coruña y la parte recurrente, de un lado, y el Ayuntamiento y la Comunidad de Propietarios del edificio, de diversa naturaleza:

- *Reconocimiento público por parte del Ayuntamiento de A Coruña:*

El Ayuntamiento de A Coruña se comprometió a reconocer la incidencia que supuso en la vida personal y familiar de la parte recurrente el mantenimiento del procedimiento judicial durante más de veintiún años, por su trascendencia pública, duración, gran cantidad de terceros afectados, complejidad jurídica y técnica, etc.; así como la incidencia que pudo tener en la trayectoria profesional del esposo de la recurrente, Arquitecto con despacho profesional en la ciudad de A Coruña, sostener la defensa de la legalidad urbanística al interponer el recurso contencioso-administrativo, así como en los sucesivos trámites de oposición a los infructuosos intentos de legalización del Antiguo Edificio de Fenosa por parte del Ayuntamiento de A Coruña.

Asimismo, el Ayuntamiento de A Coruña se obligó a reconocer públicamente que la parte recurrente y su esposo vinieron actuando en defensa de la legalidad y de los intereses generales y que se le causaron una serie de daños y perjuicios que merecen ser resarcidos por una actuación que, en palabras del Tribunal Supremo, "dista mucho de los dictados de la buena fe" (Sentencia de 8 de julio de 2014 del Tribunal Supremo).

Además, el Ayuntamiento de A Coruña se comprometió a extender dicho reconocimiento público a los propietarios del Antiguo Edificio de Fenosa, que fueron víctimas directas y grandes perjudicados por las consecuencias de las ilegalidades reconocidas por la Sentencia, dictada en el Procedimiento Ordinario n.º 6937/1997, que anuló la licencia de obras de rehabilitación de dicho edificio. En este sentido, el Ayuntamiento de A Coruña es consciente de que los propietarios se sienten y consideran víctimas de un sistema jurídico que, en lugar de amparar y proteger sus justos y legítimos derechos, derivados en muchos casos de su condición de terceros adquirentes de buena fe, permite que estén sufriendo las graves consecuencias derivadas del otorgamiento por parte del Ayuntamiento de A Coruña de una licencia de obras al promotor, luego declarada por los Tribunales de Justicia como no ajustada o conforme a Derecho.

El indicado reconocimiento público por parte del Ayuntamiento de A Coruña se llevó a cabo mediante una rueda de prensa celebrada inmediatamente después de la homologación íntegra del Acuerdo por parte del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

- *Adopción de un Protocolo de Buenas Prácticas Urbanísticas por parte del Ayuntamiento de A Coruña:*

Durante la Mediación la parte recurrente manifestó su interés en someter a acuerdo una serie de consideraciones que tienen por objeto que el Ayuntamien-

to de A Coruña se comprometa a adoptar medidas, dentro del marco competencial que le corresponde, dirigidas a que "nunca más" vuelva a sufrirse una situación análoga.

Estas inquietudes de la parte recurrente fueron compartidas tanto por la Comunidad de Propietarios del Antiguo Edificio Fenosa como por el Ayuntamiento de A Coruña, por lo que este último se comprometió a aprobar un Protocolo de Buenas Prácticas Urbanísticas, actualmente aprobado y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia.

- *Construcción de un edificio de Viviendas de Protección oficial por parte del Ayuntamiento:*

Atendiendo al interés general, la recurrente y su esposo decidieron no solicitar la que consideraban íntegra compensación de los daños y perjuicios causados por la actuación del Ayuntamiento de A Coruña, a cambio de que gran parte de la indemnización -que la parte recurrente entiende que le podría corresponder por los daños patrimoniales y por los perjuicios profesionales padecidos- fuese destinada por dicha corporación municipal a la construcción de un edificio de Viviendas de Protección Oficial en A Coruña, transmutando así la demolición que quebrantaría las arcas municipales y redundaría en general perjuicio social por la construcción de viviendas sociales en beneficio de las capas más desfavorecidas de la sociedad.

A estos efectos, el Ayuntamiento de A Coruña se comprometió a proceder a la construcción de un edificio de más de cincuenta Viviendas de Protección Oficial en el Parque Ofimático de A Coruña.

- *Indemnización de los daños personales de índole moral causados a la parte recurrente:*

Atendiendo a los perjuicios padecidos por la parte recurrente y su esposo durante el procedimiento, el Ayuntamiento de A Coruña aceptó el pago a la parte recurrente de una indemnización razonable y ponderada, en el sentido expuesto en la Sentencia de 8 de marzo de 2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6.ª).

En este sentido, si bien en un primer momento las posiciones de la parte recurrente y del Ayuntamiento de Coruña fueron ciertamente distantes, tras múltiples desencuentros surgidos durante la Mediación, ambas partes -con la ayuda del Mediador- llegaron a un acuerdo que se consideró satisfactorio para los intereses de todos los intervinientes y también del interés general.

Las Partes acordaron expresamente tomar como referencia el premio de afección al que se refiere el artículo 47 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, un cinco por ciento de un -en este caso- inexistente justo precio, por entender que se trata de un supuesto equiparable a una expropiación, en la que no hay privación de un bien o derecho valorable económicamente, pero sí concurre un daño personal o moral a resarcir, que se acordó calcu-

lar sobre el importe que representa la ejecución in natura de la Sentencia (cuantificado por los servicios municipales en una cuantía aproximada de cincuenta y nueve millones quinientos mil euros (59.500.000€)).

- *Modificación del planeamiento urbanístico: de la inclusión del Antiguo Edificio de Fenosa como "edificio singular":*

El Ayuntamiento de A Coruña se comprometió a impulsar la modificación puntual del vigente Plan General Ordenación Municipal de A Coruña (en adelante, el "PGOM"), a los efectos de otorgar seguridad jurídica a los propietarios y satisfacer el interés general, con la pretensión de incluir el Antiguo Edificio de Fenosa entre los "edificios singulares" en el PGOM, lo cual supondría que a dicha edificación se le aplicaría la Norma Zonal 1 del PGOM, reconociéndose la existencia de la singularidad del Antiguo Edificio de Fenosa, con la tipología, volumen, usos y demás características tipológicas que concurren en la edificación existente.

- *Bases para la compensación a los propietarios del Antiguo Edificio de Fenosa:*

En cuanto al resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por los propietarios del Antiguo Edificio de Fenosa, el Ayuntamiento de A Coruña se comprometió a promover, con aquellos propietarios que así lo decidiesen, la finalización transaccional de los procedimientos administrativos de reclamación de responsabilidad patrimonial, debiéndose establecer a tal efecto en vía administrativa las bases para la determinación de las indemnizaciones que, en su caso, correspondiese abonar por el sufrimiento padecido por dichos propietarios.

- *Renuncia de acciones:*

Las Partes acordaron poner fin al Procedimiento Ordinario n.º 6937/1997, tramitado ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª). Asimismo, las Partes acordaron que, una vez homologado en su totalidad el Acuerdo por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y cumplida por completo la obligación de pago asumida por el Ayuntamiento de A Coruña, nada más tendrían que reclamarse, ni judicial, ni extrajudicialmente, por ningún concepto relacionado con el objeto del antes mencionado procedimiento.

4. El auto de homologación de 8 de febrero de 2019

La Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Galicia ha dictado un auto que, con total seguridad, será largamente comentado por la doctrina científica. Sin duda, habrá detractores y partidarios, coincidencias matizadas y plenas discrepancias con su contenido. Pero lo que con total seguridad tenemos ya, desde su dictado, es un camino sin vuelta favorecido por una actuación audaz y

valiente de la Sala, que tenía un camino muy sencillo para cerrar la puerta a cualquier vía de resolución alternativa de un conflicto que, habiendo durado veinte años, podría haberse extendido otro tanto en una ejecución interminable y de resultado incierto. A una actuación material disparatada le habrían seguido cientos de reclamaciones de responsabilidad, con sus correspondientes pleitos, y una situación ciertamente problemática para los vecinos de una ciudad que vería recortadas sus cotas de bienestar social por tiempo indeterminado.

El Pleno de la Sala, convocado por su Presidente por la excepcionalidad del caso, no se manifestó con unanimidad. Tres votos particulares suscritos por cuatro de los catorce magistrados presentes lo atestiguan. Pero el extenso razonamiento vertido arroja una serena y profunda reflexión sobre la mediación intrajudicial, sus límites y su engarce legal, que sin duda merece la pena retener.

a) La fundamentación jurídica del Auto de homologación

“RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La mediación administrativa como sistema alternativo de resolución de conflictos encuentra encaje en nuestra Constitución como expresión de la libertad personal y de la justicia como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 9.1 y 10.1 CE). En este sentido no existe precepto que se oponga a la mediación, porque el principio de libertad en el que se apoya esta figura supera las fundamentaciones a través de las cuales opera el poder judicial en virtud de lo dispuesto en los artículos 24 y 117 CE, y como ha sentado el Tribunal Constitucional respecto al principio de tutela judicial efectiva, no es un derecho de libertad ejercitable sin más directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, solo ejercitable por las causas procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SAN 2394/2009, Sentencia STSJ ICAN 2929/1988, STS 5193/2011 y SAN 2394/2009).

SEGUNDO.- La mediación intrajudicial está recogida implícitamente en el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), y la mediación administrativa esta prevista los artículos 86 y 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La coexistencia de la mediación con la reserva de jurisdicción prevista para el juez estatal en el artículo 117 de la CE ha sido afirmada por la doctrina del Tribunal Constitucional al declarar la compatibilidad del derecho a la tutela judicial efectiva con la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa (STC 217/1991, de 14 de noviembre, que cita en su texto por todas, la STC 60/1989 y 162/1989).

Y, así las cosas, ante todo, conviene deslindar el instituto de la mediación intrajudicial y su utilización en trance de ejecución de sentencia pues, a diferencia de otras instituciones del Derecho, como acuerdos, convenios, acciones de re-

nuncia y otras semejantes, la mediación intrajudicial, como su propio nombre indica, es un procedimiento que se desarrolla en el seno del proceso y que controla desde su inicio el juez o tribunal, al punto de que solamente mediante la resolución de uno u otro se abre dicho procedimiento mediante previa resolución y ulterior comparecencia, bien de oficio o a instancia de todas o una de las partes, como acontece en el presente caso. Es así que la sección segunda de esta Sala, visto el estado de la ejecución de la sentencia y el número de años transcurridos desde su dictado (casi 18) y desde el inicio del proceso (22), sin alcanzar resultado alguno resolvió, a petición de la representación procesal del Ayuntamiento de A Coruña, iniciar dicho procedimiento de mediación intrajudicial ordenado, importa destacar esto de modo esencial, a ejecutar la sentencia y no a inejecutarla.

Y dicha precisión es necesaria porque otras instituciones jurídicas diferentes sirven, justamente, a esa inejecución, por lo que en el presente caso ya debemos descartar que se presente a la Sala un Acta de Mediación que tienda a la inejecución de la sentencia dictada y, menos aún, a respaldar un acuerdo indemnizatorio a favor de la parte recurrente que se proyecte en una renuncia a la acción ejercitada o a los derechos que la sentencia confiere. De hecho se invoca el artículo 18.2 LOPJ que refiere en cualquier caso la necesidad de que se adopten las medidas ordenadas a la mayor efectividad de la ejecutoria. No estamos, de este modo, ante un acuerdo entre partes en el cual, mediante un intercambio económico, se aparenta una ejecución que no es tal y traslada al erario público las responsabilidades de la sentencia. Esto es importante destacarlo, porque tal planteamiento no pasaría de ser vulgar y reduccionista, dejando al margen el instituto principal de la mediación.

Añadidamente, el procedimiento de mediación intrajudicial pivota, no sobre las peticiones de las partes, sino sobre la intervención del Mediador, quien dirige el proceso y canaliza en su seno todas las propuestas hasta configurar el Acta final que respalda los acuerdos que se someten a consideración ahora de la Sala. En tal sentido, ha de destacarse la importancia de esta figura y, en este procedimiento, el hecho de que la persona seleccionada como Mediador haya ostentado la presidencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo configura un valor añadido pues ha de entenderse que difícilmente podría amparar pretensiones y, menos aún, acuerdos que infringiesen de modo manifiesto los términos de la sentencia y sus consecuencias, así como el ordenamiento jurídico. Pero, aunque así fuera, siempre quedaría este trámite que abordamos ahora en el que la Sala puede rechazar los términos de la mediación o devolver lo acordado al Mediador para que subsane algunos aspectos.

En el contexto anterior, el instituto de la mediación surge en el seno de una ejecución de sentencia en la cual ya hemos de partir, naturalmente, de que si han transcurrido 18 años desde que la sentencia se dicta, sin que medie su ejecución, se debe a las propias dificultades e incidencias de la ejecución, que ya comienzan por los términos del fallo de la sentencia en la medida en que al anular una licencia de rehabilitación y ordenar la demolición o derribo de lo construido

a su amparo exigirá, *in natura*, la reposición de lo edificado a su estado anterior lo que, tras diversos incidentes resueltos por la Sala y el Tribunal Supremo, parece llevarnos a que tal ejecución *in natura* llevaría a demoler el edificio litigioso parcialmente, hasta alcanzar la estructura anterior que aún permanece y, sobre ella, reconstruir nuevamente el edificio anterior (antiguo edificio de Fenosa), hasta alcanzar una réplica del mismo cuya legalidad conforme al PGOM actual, hasta donde permite conocer lo actuado, no está acreditada sin necesitar ulteriores legalizaciones, incluso modificaciones del Plan, cuando no la propia demolición de lo nuevamente construido.

Pues bien, a la vista de lo anterior, el uso de la mediación intrajudicial ha sido la respuesta a la situación concurrente, en resolución de la sección segunda de esta Sala mediante providencia de fecha 2 de octubre de 2018, que es hoy firme en Derecho, como quedó expresado en los antecedentes y sobre la que no se puede volver, ni en esta resolución ni en otra posterior. Y debemos decir que la elección no es desafortunada, pues no solo la imponían las circunstancias concurrentes, sino que el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, en la página web de este órgano constitucional, a propósito de la clausura del Día Europeo de la Mediación reafirmaba el firme compromiso del Poder Judicial con la calidad de la justicia y, por ello, «nuestro decidido apoyo a la mediación, especialmente la intrajudicial, pues es nuestro a propio de actuación», finalizando su intervención señalando que los esfuerzos del Consejo General del Poder Judicial continuarán avanzado en esta materia, ya que la institución está convencida de que «la mediación representa una apuesta sólida por la mejora de la justicia y de la convivencia».

A partir de todo lo anterior, se hace necesario subrayar que la utilización del instituto de la mediación no es original en este proceso ni una novedosa técnica que la sección segunda, primero, y ahora la Sala, utilizan. Es de destacar como antecedentes que pueden mencionarse supuestos en los cuales la ejecución sustitutoria de la sentencia y no «*in natura*» recupera las exigencias del interés general y de la justicia. Y debemos de comenzar la reseña de tales alternativas -no exhaustiva- por un supuesto similar al que nos ocupa, tanto en relación con el signo final de la ejecución como en la ratio temporal de lo resuelto por el Tribunal Supremo, supuesto que es el asunto de la Biblioteca Pública de Las Palmas, cuya demolición sin remedio resultó tanto de lo resuelto por la sala territorial, como por el Tribunal Supremo, incluso agotando todas las vías merced a la intervención del Tribunal Constitucional. Y es así que la Disposición adicional sexagésimo novena de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, bajo la rúbrica «Declaración de utilidad pública e interés social en relación con la Biblioteca Pública de Las Palmas» declaró lo siguiente: «Se declara la utilidad pública e interés social de la expropiación de los derechos de ejecución de las resoluciones jurisdiccionales relacionadas con la demolición de la Biblioteca Pública del Estado en Las Palmas de Gran Canaria, atendiendo a la titularidad pública del solar y de la construcción, a su calificación legal como bien

de interés cultural y a su afectación a la preservación de la igualdad de todos los ciudadanos en las condiciones de acceso a la cultura y al derecho a la educación, a los efectos previstos en la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa». Debemos pensar, de este modo, si el legislador ha optado por incumplir abiertamente la sentencia recurriendo al instituto expropiatorio y proponiendo como inejecución de la misma una indemnización a favor de los expropiados por los cauces de la legislación específica de la expropiación. Y la respuesta, evidentemente, ha de ser negativa: la única conclusión es que el legislador ha contemplado la satisfacción del interés general de la justicia y de la ejecución de sus resoluciones en función de los intereses generales concurrentes de suerte que la situación jurídica objeto del recurso contencioso-administrativo queda reparada igualmente. Y para ello ha acudido igualmente a las posibilidades que ofrece el artículo 18.2 LOPJ.

Pueden citarse, igualmente, el proceso de mediación que resuelve el contencioso denominado «asunto Decathlon» entre el Ayuntamiento de Telde y particulares, por ocupación de terrenos de estos, también en ejecución de sentencia, que se resuelve en una indemnización a favor de estos, homologado por auto de 31/7/2015, del Juzgado de lo contencioso Administrativo número 3 de las Palmas de Gran Canaria. O el conocido como asunto «Club Lanzarote» que, igualmente con el instituto de la mediación intrajudicial resuelve el contencioso con el Consejo Insular Aguas de Lanzarote, acuerdo de mediación homologado por auto del mismo Juzgado número 3 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 7/11/17. Y, más aún, el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -sede Las Palmas- de fecha 21/4/2016 (recurso de apelación 104/15, procedente del procedimiento ordinario ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4.

TERCERO.- Dispone el artículo 77 de la LRJCA, en su apartado 1, que, en los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

Dentro de este marco del artículo 77.1 de la LRJCA, conviene puntualizar que el hecho de que se trate de la ejecución de una sentencia dictada en materia urbanística, anulatoria de una licencia de rehabilitación de un inmueble, no es, en este caso, óbice para considerar que la materia sobre la que las partes han llegado a un acuerdo es susceptible de transacción, ya que el objeto de los acuerdos no es la disposición de la legalidad urbanística, ni tampoco la renuncia o desistimiento de la acción pública dirigida a exigir la observancia de dicha legalidad. No existe esa renuncia ni ese desistimiento, ni tampoco el objeto de los

acuerdos es compensar una inexecución de sentencia que deje incólume la transgresión de la legalidad que en su día justificó el pronunciamiento judicial anulatorio de la licencia de rehabilitación.

El objeto, contenido y finalidad de los acuerdos alcanzados entre las partes se sitúa en otro plano, el de la determinación de los concretos medios y formas a través de los cuales se va a ejecutar la sentencia, como cumplimiento por sustitución o equivalente, con la finalidad de preservar el bien jurídico último objeto de tutela en este tipo de procedimientos, articulando una determinada fórmula para conseguir el restablecimiento de la legalidad urbanística.

Por ello, no cabe apreciar que se haya vulnerado el artículo 77.1 de la LRJCA, ya que la solución alcanzada no se incardina en el artículo 105.1 de la LRJCA -supuesto que impediría la homologación, ya que contravendría la prohibición de suspensión o inexecución total o parcial de la sentencia-. El texto de los acuerdos, tanto en su literalidad como en su contenido sustantivo, se sitúa en otro contexto, el propio de la discusión de cualquier incidente de ejecución de sentencia, como contenido propio del incidente regulado en el artículo 109 de la LRJCA.

Y es que lo que no es susceptible de transacción es la exigibilidad de la observancia de la legalidad urbanística. La forma en que, en el caso concreto, se haya de restablecer esa legalidad, dando cumplimiento a la sentencia que anuló la licencia de rehabilitación, sí es una cuestión abierta a la discusión entre las partes y susceptible de que sobre la misma se puedan alcanzar acuerdos, sin perjuicio de su ulterior control por el órgano judicial, con el contenido y límites que enuncia el artículo 77.3 de la LRJCA.

CUARTO.- Siendo cierto el principio general de que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignent (artículo 103.2 de la LJCA 29/1998), y de que la prohibición de inexecución de sentencia es un principio imperativo e irrenunciable, sobre el cual las partes carecen de poder de disposición, no es menos cierto que, de acuerdo con el artículo 109 de la LRJCA 29/1998, la determinación de la forma, medios y procedimiento a seguir para la ejecución de sentencia entraña en algunas ocasiones la necesidad de una ulterior labor de enjuiciamiento y decisión, encomendada por el legislador al órgano jurisdiccional que ha conocido del asunto en primera o única instancia, como órgano competente para conocer de la ejecución de sentencia.

La regulación del incidente de ejecución, con contenido decisorio propio, tras un previo trámite alegatorio de las partes, pone de manifiesto que la ejecución de las sentencias requiere, en muchas ocasiones, una ulterior labor de enjuiciamiento en la que se han de ponderar diversas alternativas, entendidas como medios de ejecución, tras la cual se ha de producir una concreción de las actuaciones materiales y jurídicas necesarias para dar cumplimiento al fallo judicial -y, con ello, por lo que se refiere a este caso, poder considerar restablecida la legalidad urbanística en su día conculcada con el otorgamiento de la licencia de rehabilitación del inmueble-.

El hecho de que el legislador haya establecido que la decisión sobre el tipo de actuaciones materiales y jurídicas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia constituya el contenido propio de un auto, resolutorio de un incidente, en el que se ha de dar respuesta a las alegaciones de las partes, pone de manifiesto que no siempre en el ámbito de esa ejecución hay una única solución reglada, que se deduzca sin margen de discusión de la pura literalidad de la sentencia, sin margen interpretativo alguno. Antes al contrario, en ocasiones es necesario tramitar y resolver un incidente para determinar la concreta forma y medios para dar cumplimiento al pronunciamiento judicial, entre diversas alternativas que se puedan plantear por las partes, lo que demuestra que en ocasiones existe un cierto grado de incertidumbre sobre cómo conseguir la mayor efectividad de un pronunciamiento judicial y un margen para la legítima discrepancia entre las partes.

La resolución de este tipo de conflictos, haciendo conciliables y compatibles las exigencias propias de la cosa juzgada y de la indeclinable potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado con la satisfacción de las pretensiones e intereses de las partes, comporta en ocasiones labores complejas de interpretación jurídica. Esta necesidad ha llevado al legislador a contemplar que, tras la sentencia, se realice en fase de ejecución una ulterior labor jurisdiccional de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, circunscrita a la ponderación de cuál de los concretos medios y alternativas de ejecución posibles debe ser la observada por las partes obligadas al cumplimiento.

QUINTO.- Expuestas las anteriores consideraciones estamos en condiciones de concluir que así como no es disponible para las partes la obligación de ejecutar la sentencia, sí lo es el concreto modo y forma en que se ha de llevar a cabo la ejecución (sin perjuicio del último control judicial, en este caso en el trámite de homologación de los acuerdos alcanzados), ya que se trata de materia sobre la que el propio legislador, consciente de las dificultades que en ocasiones concurren en este ámbito y de la existencia de un legítimo margen para la controversia, remite a un trámite incidental en el que las partes puedan exponer su parecer al respecto de la forma y medios de ejecución y se ponderen las diferentes alternativas. Y es en este ámbito incidental, de la concreción de los medios y forma de cumplimiento de sentencia, donde es plausible que esa determinación judicial de la forma en que se ha de llevar a cabo la ejecución pueda venir precedida de las alegaciones, ya no de signo contrario (como es lo habitual en los incidentes ex artículo 109 LRJCA), sino concordantes y de común acuerdo de las partes de la ejecución, lo que no puede dejar de ser tenido en consideración como un elemento de especial relevancia en el juicio propio del procedimiento de ejecución de sentencia, juicio en todo caso reservado a esta Sala, como órgano jurisdiccional competente para hacer ejecutar lo juzgado y para determinar qué actuaciones se deben llevar a cabo con esa finalidad.

En función de una interpretación y aplicación conjunta y coordinada de los artículos 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y los artículos 77. 1 y 3 de la LRJCA, 103.2, 105 y 109 de la LRJCA 29/1998, se puede con-

cluir que la función de esta Sala, como tribunal de ejecución, dentro del ámbito de su potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, requiere efectuar una labor de control y examen del contenido de los acuerdos alcanzados para determinar los siguientes extremos, establecidos en el artículo 77.3 de la LRJCA como requisitos para que el tribunal pueda dictar auto declarando terminado el procedimiento:

1.º. Que los acuerdos impliquen la desaparición de la controversia.

2.º. Que lo acordado no sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público ni de terceros.

La apreciación de que se cumple el primero de los requisitos no requiere mayor justificación, bastando remitirse a la literalidad de los acuerdos, con cuyas estimaciones las partes se consideran satisfechas en sus respectivas pretensiones, en lo que concierne al ámbito decisorio de la presente ejecutoria.

También se cumple el segundo de los requisitos, por las razones que se pasan a exponer.

En el presente supuesto nos hallamos con un difícil incidente de ejecución de sentencia en atención a todos los intereses implicados, y en que lo que se pretende como base del acuerdo es fundamentalmente minimizar el impacto para todos los vecinos al ser inminente la demolición del edificio, con los consiguientes perjuicios no solo para los ocupantes del mismo -pérdida de vivienda de ochenta y siete familias y pérdida de empleo de más de cien personas que trabajan en los locales comerciales y oficinas del inmueble-, sino de toda la ciudadanía tal y como se observa del examen de la documentación aportada con los acuerdos de mediación, en orden a los enormes costes derivados de una demolición y posterior reconstrucción a fin de dejar el edificio en el estado en que se hallaba antes del otorgamiento de la licencia, con la consiguiente pérdida de servicios sociales durante muchos años, una insostenible situación económico-financiera para el ayuntamiento con el consiguiente coste social, aportándose una valoración económica de aproximadamente 59.500.000 euros, en atención a los costes de demolición, reconstrucción, construcción de edificio de viviendas para reubicar a los desalojados, costes de realojo de los vecinos durante la ejecución de las obras e indemnizaciones por pérdida de vivienda, así como incremento de los tributos municipales en cantidades aproximadas al doble de la cuota actual. Por consecuencia, se plantea como la única alternativa en el presente momento ante la incidencia de una demolición que plantea serios problemas en orden a su ejecución.

En todo caso, no se trata de un supuesto de inejecución de sentencia sino de todo lo contrario: una forma alternativa de llevar a cabo su ejecución y cumplimiento «in natura» o por equivalente que tiene amparo legal en el artículo 18.2 de la LOPJ, y tal y como se pone de manifiesto en los convenios, consiguiendo un equilibrio entre la indemnización moral que corresponde a la parte demandante en atención a los años transcurridos desde la firmeza de la sentencia de cuya ejecución se trata, junto con un reconocimiento de su labor y de diversas medidas

tendientes a evitar que una situación semejante se pueda volver a producir en el futuro, junto con la evitación del excesivo coste para los recursos públicos, con los intereses de los vecinos del inmueble y finalmente se consigue un equilibrio y el mantenimiento de la paz social dentro de la ciudadanía ante la eminencia de la pérdida de prestaciones públicas por el excesivo coste.

Y ya de inicio hemos de rechazar que a tal fin sea relevante el que incluyan una indemnización a favor de la recurrente y su esposo. Y ello porque el ejercicio de la acción pública en absoluto garantiza la percepción real o potencial de una indemnización. Afirmar eso sería tanto como admitir que el ejercicio de dicha acción ya presupone un posible enriquecimiento final, lo que no está en el designio del legislador.

Y, en el presente caso, en la redacción de los acuerdos ya se percibe que la indemnización está desconectada de la restauración de la legalidad y, en puridad, procede del desarrollo del proceso y su duración durante muchos más años de los que serían previsibles y deseables. Así pues, del mismo modo que el legislador contempla de modo global el contexto de la Biblioteca Pública de Las Palmas, hay que examinar también conjuntamente los extremos que comportan los acuerdos de mediación en orden a la restauración de la legalidad urbanística.

En este sentido, se contempla la posibilidad de modificar el PGOM de A Coruña de 2013 e inclusión del inmueble como edificio singular, por razones tanto de interés general como para conseguir la seguridad jurídica por parte de los vecinos; y el Concello se compromete a impulsar esta modificación, aportándose informe técnico-jurídico en que se estudia esta posibilidad y las obras necesarias para poder obtener licencia, incluyendo la normativa de habitabilidad y el CTE. Es importante partir de que la Norma Zonal 1, que es la que regula la denominada «edificación singular», es una norma que ya existe.

Por consecuencia, relevante a efectos de la homologación del convenio es la consideración acerca de que son dos acuerdos que no contravienen el ordenamiento jurídico, y en segundo lugar que no son lesivos ni al interés público ni al de terceros sino todo lo contrario al beneficiarse tanto a los propietarios del edificio como al interés público en términos de adecuada prestación de servicios sociales que pudieran resultar perjudicados de demoler el edificio, así como en términos de paz social.

En cualquier caso, se trata de una alternativa a una ejecución de sentencia dictada en un procedimiento en materia urbanística, de forma que no se trata tan solo de indemnizar por los daños morales sino que adquieren especial relevancia cuestiones tales como la adopción de un Protocolo de Buenas Prácticas Urbanísticas por el Ayuntamiento de A Coruña, dentro del cual se contemplan, además de medidas orientadas con carácter general a cualquier otro procedimiento, en concreto y con referencia al presente, y para eliminar las dudas legales, la modificación del planeamiento urbanístico con la consiguiente inclusión del Antiguo Edificio de Fenosa como «edificio singular», puesto que nos hallamos en ejecución en urbanismo y se trata de dar una solución legal, con indicación

de las obras necesarias para poder obtener licencia y de algo tan lógico como de la necesidad de adecuarse a la normativa de habitabilidad y al CTE. En conclusión, no es el derribo un fin en sí mismo sino que se trata de un medio orientado a un fin, que es el cumplimiento de la sentencia y la restauración de la legalidad.

SEXTO.- Desde el punto de vista procesal, y en el ejercicio del control del contenido de los acuerdos, tampoco se pueden olvidar cuáles son los límites de la fiscalización por parte del órgano jurisdiccional competente para la ejecución respecto a las actuaciones que las partes desarrollen en esta fase con la finalidad declarada de dar cumplimiento a la sentencia, en función de los acuerdos alcanzados.

No se trata de que el Tribunal haya de realizar de oficio, y prescindiendo de las alegaciones y posición procesal de las partes, un examen completo y exhaustivo de la legalidad de las actuaciones inmediatas y futuras acordadas entre ellas con el fin de ejecutar la sentencia, desde todas las perspectivas de análisis posibles y mediante su contraste con la totalidad del sistema de fuentes, sobre todo teniendo en cuenta que se contempla una modificación de planeamiento, que tendrá su propia tramitación y dará lugar a la aprobación de la correspondiente disposición general, y que hasta ese momento final no concurrirían las condiciones de ese examen completo de legalidad de esa actuación, y aun así solo a instancia de parte y en función de los concretos motivos que en su caso alguna parte legitimada pudiera alegar en la vía procesal procedente.

El objeto de control de la legalidad a realizar en este momento se debe proyectar sobre el contenido los acuerdos, -entendidos como derechos y obligaciones reconocidos y asumidos por las partes- desde la perspectiva del artículo 77.3 en relación con los artículos 103 y 108 de la LRJCA. Es decir, se trata de determinar si la asunción por las partes de esas obligaciones, y el reconocimiento por las mismas de los derechos enunciados en los acuerdos, representa o no la quiebra manifiesta del ordenamiento jurídico o la lesión de intereses públicos y de terceros, y no de realizar un control abstracto de la legalidad de la actuación futura a la que se obliga la Administración en los acuerdos alcanzados. Si se realizara de oficio en este momento ese control abstracto y prescindiendo de las alegaciones, pretensiones e intereses de las partes, explicitados en los acuerdos, además de poner en riesgo el principio de congruencia, nos encontraríamos con el obstáculo que representan los límites establecidos en el artículo 103.5 y 108.2 de la LRJCA, y excedería del cometido propio de la función jurisdiccional a desarrollar en fase de ejecución de sentencia, en el que el examen de los acuerdos alcanzados se debe realizar desde la perspectiva de los citados artículos 103 y 108 y concordantes, es decir, desde la consideración, valorable a instancia de parte, de si se pretende o no eludir el cumplimiento de la sentencia, mediante la adopción de acuerdos contrarios a la misma.

El apartado 5 del artículo 103 de la LRJCA atribuye al órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de sentencia la potestad de declarar la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, esto es, aquellos

que son nulos de pleno derecho por ser contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, pero condiciona el ejercicio de esa potestad anulatoria a la instancia de parte.

En el mismo sentido, el artículo 108.2 de la LRJCA establece que si la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el Juez o Tribunal, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento, pero lo condiciona igualmente a la instancia de los interesados.

Este requisito de la instancia de parte o de los interesados para poder declarar la nulidad de una actuación por considerarla contraria al fallo de la sentencia no deja de ser una manifestación del principio de congruencia y de la finalidad propia del procedimiento de ejecución de sentencia, en el que se debe conciliar su dimensión objetiva, como expresión de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado, con su dimensión subjetiva, expresiva de su finalidad propia, conectada con el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes del procedimiento, obteniendo una respuesta fundada en Derecho que pueda dar satisfacción a sus pretensiones.

Se trata, en definitiva, de preservar el principio objetivo de exclusividad jurisdiccional que reconoce el artículo 117.3 de la Constitución, lo cual se realiza con el control judicial del contenido de los acuerdos sometidos a homologación, y hacerlo compatible con la finalidad propia del proceso, y especialmente el de ejecución de sentencia, que es la satisfacción de las pretensiones de las partes, siendo el cauce por el que se hace efectivo el derecho a la tutela judicial de las mismas.

No se puede perder de vista esta perspectiva de la pretensión, como verdadero objeto del procedimiento contencioso-administrativo -superadas las concepciones objetivistas que lo caracterizaban exclusivamente como un «proceso al acto», ya que la efectividad de los pronunciamientos de las sentencias no solo está al servicio de la reafirmación de la potestad jurisdiccional, sino que es un instrumento clave para la satisfacción de las pretensiones que constituyen el objeto del procedimiento.

Esta consideración hace cobrar protagonismo, a la hora de resolver sobre la concreta forma de ejecutar la sentencia, la perspectiva de los intereses de las partes, y justifica que, dentro de las alternativas posibles de ejecución, se elija aquella que, sin contravenir manifiestamente el ordenamiento jurídico y preservando en todo caso el principio de legalidad, sea aquella que mejor sirve para la efectividad de la tutela que todas las partes impetran del órgano jurisdiccional y compatibilice en la mayor medida posible la satisfacción de sus intereses enfrentados. Es en esta tarea de ponderación y elección de fórmulas de satisfacción de intereses y pretensiones donde el procedimiento de mediación despliega toda su virtualidad.

En este caso, los acuerdos alcanzados, como recíproca asunción de obligaciones y reconocimiento de derechos, con compromisos concretos y determinados de actuación inmediata y futura, dan respuesta a la satisfacción de los intereses respectivos sin incurrir en infracción apreciable del ordenamiento jurídico, ya que ninguna norma se opone a que las partes puedan alcanzar los compromisos alcanzados y su finalidad se orienta a establecer un concreto cauce jurídico para conseguir el restablecimiento de la legalidad urbanística en la medida en que se había visto afectada, por los concretos motivos expresados en la sentencia, por la licencia de rehabilitación del primitivo edificio de oficinas para destinarlo a viviendas y locales comerciales (que, por lo demás, es hoy el uso propio de la zona en la que está emplazado el inmueble).

Se constata que, además de concretas estipulaciones acordadas que sirven de compensación a los intereses de las partes firmantes de los acuerdos, y que en sí mismas no contravienen el ordenamiento jurídico, se contienen acuerdos dirigidos a la protección y restablecimiento de los bienes jurídicos cuya tutela justificó el éxito de la acción judicial ejercitada por la parte demandante.

Partiendo de estas constataciones básicas, lo cierto es que ninguna parte del procedimiento pone de manifiesto la concurrencia de los supuestos de los artículos 103.5 y 108.2 de la LRJCA, lo cual es un dato relevante a tomar en consideración a la hora de homologar los acuerdos alcanzados, teniendo en cuenta la extensión y alcance del tipo de control a realizar sobre las estipulaciones, y que su virtualidad se limita a establecer la forma de llevar a término la ejecución e instar un pronunciamiento homologatorio de ese medio ejecutorio, lo que por sí mismo no es susceptible de integrarse en el concepto de «actuación contraria a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento», máxime cuando ninguna parte de este procedimiento ha alegado esa finalidad desviada.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la sentencia de cuya ejecución se trata no anula la licencia de obra al amparo de la cual se construyó el inmueble litigioso, licencia de legalidad no cuestionada, sino la licencia de rehabilitación para ser destinado a vivienda y bajos comerciales por unos concretos motivos. Ello ha de tenerse en cuenta, ya que la demolición del inmueble en su integridad sería un resultado desproporcionado, ya no solo por la magnitud de los perjuicios, sino especialmente porque excedería de la consecuencia inherente a la ejecución estricta in natura del fallo, al sobrepasar lo que sería propio de la misma, comportando una ilegítima destrucción de riqueza no exigida ni siquiera por esa ejecución en sus términos literales y propios, que se debería limitar a la obra rehabilitadora, para que el edificio en cuestión quedara en la situación en que se encontraba antes del otorgamiento de aquella, en los términos que declaró el Tribunal Supremo (en su Sentencia de 16 de marzo de 2016).

Una vez que ha sido descartada la posibilidad de declarar la imposibilidad legal o material de ejecución de sentencia, como consecuencia de la tramitación y resolución de los incidentes previos sustanciados en la ejecutoria, se trataba de

dilucidar la forma de reponer la legalidad urbanística y las partes han convenido una serie de actuaciones cuya realización sirve, por un lado, para conciliar sus intereses contrapuestos, y por otro lado, para reponer esa legalidad urbanística con una fórmula alternativa de ejecución, como medio novedoso, planteado por primera vez en esta ejecutoria, para dar la mayor efectividad posible a la misma, preservando el interés público en el restablecimiento de la legalidad.

Este concreto medio de ejecución, entendido como forma de restablecer la legalidad urbanística, con las actuaciones descritas en los acuerdos, no fue contemplado ni valorado en los incidentes anteriormente tramitados y resueltos en la ejecutoria, que no versaron sobre medios de ejecución de sentencia por sustitución o equivalente sino sobre solicitudes de declaración de imposibilidad material o legal que no satisfacían los intereses de todas las partes, pronunciándose sobre tales incidentes y limitando su virtualidad al ámbito de la resolución de las pretensiones deducidas en los mismos, de distinta naturaleza a las actuaciones ahora convenidas entre las partes.

Y, finalmente, hay que destacar que en esta ejecución de sentencia, tal como resulta de la sentencia de 20 de diciembre de 2001, no existen otros intereses en juego que la legalidad urbanística municipal; no existen compromisos de medio ambiente, estándares urbanísticos, patrimonio histórico, costas, Red Natura u otros que pudieran complementar el planeamiento y hacer inviable cualquier solución que no fuera la demolición. Es por ello que el caso al que nos enfrentamos no puede extrapolarse a otros supuestos y plantear, también de modo simplista, que cualquier ejecución urbanística puede sortearse mediante institutos que suplan la ejecución in natura mediante el único requisito de pactar una indemnización: nada más lejos de la realidad y, por tanto, y puede afirmarse desde este momento que cualquier solución que la presente resolución respalde es válida únicamente en los presentes autos, sin que sea en absoluto susceptible de una suerte de extensión de efectos o precedente que pueda esgrimirse en cualquier procedimiento de ejecución urbanística.

SÉPTIMO.- De los elementos obrantes en los autos, no se desprende que el acuerdo adoptado por las partes sea contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros, ni que desconozca ninguna de las limitaciones a las que hace referencia el precitado artículo 77.3 de la LRJCA. Singularmente, hemos de hacer hincapié en que, sobre no ser los acuerdos propuestos ni manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico ni lesivos para el interés general, según hemos constatado en los razonamientos precedentes, tampoco son lesivos para el interés de terceros. Desde el año 1997, en que el procedimiento se sustancia, no se ha tenido conocimiento ni han formado parte del asunto otros intervinientes que los que suscriben la petición de homologación, por lo que cualquier invocación de intereses o perjuicio para terceros a partir de este acto habría de entenderse, en principio, realizada en abuso del derecho.

Cabe también concretar, con relación a los intervinientes en el incidente de mediación, que son exclusivamente aquellos que son parte en el pleito principal,

interesados en el recurso y afectados por la ejecución de la sentencia y que como ya se adelantó en el auto por el que se resolvía desestimándolo el recurso de reposición contra la providencia por la que se acordaba la derivación a mediación, que no nos hallamos ante ninguno de los supuestos legales de necesaria intervención del Ministerio Fiscal.

Por todo ello, procede la homologación del acuerdo adoptado, que implica la desaparición de la controversia, declarando la terminación del proceso judicial; homologación de lo acordado por las partes conforme a su derecho de disposición sobre el objeto de este proceso, según lo dispuesto en el art. 77 LJCA.

Si el acuerdo fuera incumplido esta resolución será título ejecutivo a los efectos previstos en los arts. 517 y ss. de la LEC.

OCTAVO.- No se efectúa pronunciamiento en orden a la imposición de costas procesales.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

ACORDAMOS la homologación judicial de los Acuerdos de Mediación adoptados por las partes en el presente incidente en virtud de mediación intrajudicial, en los términos expuestos en el antecedente de hecho tercero de la presente resolución, al no ser los mismos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico, ni lesivos del interés público o de terceros, por lo que no existiendo motivos que justifiquen la continuación del proceso, se declara finalizado, acordándose su archivo, por haberse alcanzado un acuerdo que le pone fin".

b) Votos particulares

1) Voto particular conjunto que formulan los Ilmos. Sres. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez y Doña Cristina María Paz Eiroa

"Entendemos que no procedía el dictado de auto declarando terminado el procedimiento. Disentimos de la mayoría. Brevemente:

PREVIO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 197 de la LOPJ, se nos convocó a Pleno el 07/02/2019 para el «Conocimiento, y en su caso, homologación de los acuerdos de mediación intrajudicial presentados en los autos 6937/97 en orden a la ejecución de la sentencia». Es antecedente de la convocatoria que «Mediante providencia de fecha 2 de octubre de 2018 la sección segunda de esta Sala acordó derivar la ejecución de sentencia dictada en los autos 6937/1997 a mediación intrajudicial, citando a las partes a comparecencia, que se celebró el día 8 de octubre. Dicha providencia es firme en Derecho, no correspondiendo en este momento volver sobre dicha decisión».

Vuelve, sí, sobre dicha decisión el auto de la mayoría.

Que la ejecución de la sentencia dictada en los autos 6937/1997 esté en el ámbito de aplicación de la mediación, que la ejecución de la sentencia 6937/

1997 pueda ser objeto del acuerdo de mediación, en fin, que la ejecución de la sentencia 6937/1997 sea materia disponible es condición sine qua non para la homologación.

PRIMERO-. El Tribunal Supremo ha venido conociendo de la ejecución como órgano de casación. Las resoluciones de la Sala de instancia son de mera ejecución de las dictadas por el órgano superior.

La STS, Sala Tercera, Sección 5, de 26/03/2016, dictada en el recurso 1797/2015 contra los autos de la Sección Segunda de 29/01/2015 y 08/04/2015 dictados en el trámite de ejecución de la sentencia del recurso contencioso-administrativo 6937/1997 en la que se anuló la licencia para la rehabilitación del inmueble del caso, en su fundamento de derecho segundo, declara lo que sigue: «SEGUNDO.- El Tribunal a quo no se limita a rechazar lo pedido por la actora, sino que trata de justificar el incumplimiento de lo establecido por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en orden a la ejecución de las sentencias y desliza en ambas resoluciones recurridas una serie de consideraciones impertinentes. En la primera, de fecha 29 de enero de 2015, cuando declara que: 'lo que no cabe indicar es que esas obras hayan de tener, como resultado último inexcusable, la restitución del edificio al estado que presentaba antes de su rehabilitación', a pesar de que la licencia de rehabilitación fue anulada por aquella vieja sentencia firme de fecha 20 de diciembre de 2001, en la que, además, se ordenó expresamente la demolición de las obras amparadas en ella, y, hasta ahora, no han prosperado ninguno de los incidentes planteados por imposibilidad legal ni material de ejecutarla. En la segunda, de fecha 8 de abril de 2015, cuando asegura que no hay contradicción entre su resolución de fecha 29 de enero de 2015 y las que dictó con fechas 24 de mayo de 2012 y 2 de abril de 2013, porque «ambos se referían a una normativa que no es la que está vigente en este momento y en ningún caso cabe olvidar lo reiteradamente declarado por la Jurisprudencia sobre que sería absurdo demoler algo que inmediatamente podría ser, de forma totalmente legal, construido de nuevo». Hay que recordar a la Sala de instancia que si se hubiese procedido a ejecutar la sentencia cuando ella misma declaró que no concurría imposibilidad legal de hacerlo, no se hubiese demorado tal ejecución hasta haberse aprobado distintas modificaciones del planeamiento urbanístico so pretexto del ius variandi de la Administración, cuando ello ha podido encubrir una decidida voluntad de no cumplirla. Así lo demostró el ulterior incidente promovido por imposibilidad material de ejecutarla, al que la Sala de instancia accedió, si bien, una vez recurrida tal decisión, fue anulada por nuestra sentencia de 8 de julio de 2014, dictada en el recurso de casación 2465 de 2015, lo que no ha sido obstáculo para que se haya vuelto a plantear por la propia Administración municipal, obligada al cumplimiento de la sentencia, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y un nuevo incidente de suspensión de la ejecución, también interesada por la Comunidad de Propietarios del edificio rehabilitado con una licencia de obras anulada hace catorce años. Como ya declaramos en nuestra sentencia de fecha 8 de julio de 2014 (recurso de casación 2465/2013,

fundamento jurídico sexto), la ejecución de la sentencia debe proseguir, según lo viene pidiendo la recurrente en casación desde años atrás, en sus propios términos mientras no se declare con arreglo a la ley y a derecho la imposibilidad de ejecutarla, pues las actuaciones administrativas ilegales no pueden contar con el respaldo de los jueces y tribunales, sometidos exclusivamente al imperio de la Ley (artículo 117.1 de la Constitución) y no a criterios de oportunidad».

Las declaraciones del TS son contundentes. Y no se limitan al incidente de la decisión: la crítica de consideraciones de la Sala de instancia sobre el devenir de la ejecución diciendo que «no cabe indicar es que esas obras hayan de tener, como resultado último inexcusable, la restitución del edificio al estado que presentaba antes de su rehabilitación» y el recordatorio a la misma diciendo que «si se hubiese procedido a ejecutar la sentencia cuando ella misma declaró que no concurría imposibilidad legal de hacerlo, no se hubiese demorado tal ejecución hasta haberse aprobado distintas modificaciones del planeamiento urbanístico so pretexto del ius variandi de la Administración, cuando ello ha podido encubrir una decidida voluntad de no cumplirla», tales declaraciones, decimos, son claras en punto al parecer del TS sobre el pasado, presente y futuro de la ejecución.

Nos remitimos a la sentencia completa, que queremos dar aquí por reproducida.

Las decisiones del TS en vía de recurso de casación, condicionan, legalmente, esta ejecución.

La situación jurídica no puede ser más cierta. Suficiente para no declarar terminado el procedimiento.

SEGUNDO.- Mediación -sin ley en el contencioso-administrativo-, transacción -artículo 77 LJCA-, concurrencia de causas de imposibilidad de ejecución -artículo 105 LJCA- e incidente de ejecución -artículo 109 LJCA- nos parecen cosas distintas.

En cualquiera de los casos, la homologación judicial acordada nos parece contraria los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en relación con los arts. 9.1 y 117.1 CE y 18 LOPJ. La potestad de hacer ejecutar las sentencias corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional; las partes están obligadas a cumplir las sentencias; serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento -art. 103, 1, 2 y 4-. No podrá declararse la inexecución del fallo; si concudiesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia el Tribunal apreciará su concurrencia o no y adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria -arts. 105.1 y 5-.

Tampoco, a nuestro juicio, encuentra amparo en el art. 109 LJCA. No se trata de la decisión, sin contrariar el fallo, de cuestiones planteadas en la ejecución, en los términos del art. 109 sino de la opción por «una forma alternativa de llevar a cabo su ejecución». El fallo ordena demoler la obra ilegal, y nada se decide sobre

el modo de ejecución de esta obligación de hacer. Los acuerdos entre las partes tampoco convierten en legal lo ilegal.

TERCERO.- El art. 77 LJCA, siempre a nuestro juicio, no es de aplicación.

Porque lo que es de aplicación son las normas especiales de la ejecución -ya lo hemos dicho-; porque el artículo 77 LJCA es de aplicación a los procedimientos en primera o única instancia y el del caso se encuentra en grado de casación; porque, analizados sus apartados 1 y 2, 77 en relación con el artículo 1809 del Código Civil, su antecedente legal, la transacción del caso no persigue la finalidad de evitar la provocación de un pleito o poner fin al que se había comenzado, y es posterior al día en que el pleito se declaró concluso para sentencia, antes, no se celebra una vez formuladas la demanda y la contestación sino cuando el pleito ya está decidido por sentencia firme; porque el juicio no se promueve sobre materias susceptibles de transacción, en particular, el juicio no versa sobre estimación de cantidad y porque se trata de la gestión urbanística y de su control por esta jurisdicción (las leyes prevén, por otra parte, el ejercicio de la acción pública por el Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos); y porque, en la medida en que no convierte en legal lo ilegal, no resuelve la controversia.

CUARTO.- Dice el auto que «En el presente supuesto nos hallamos con un difícil incidente de ejecución de sentencia en atención a todos los intereses implicados, y en que lo que se pretende como base del acuerdo es fundamentalmente minimizar el impacto para todos los vecinos al ser inminente la demolición del edificio, con los consiguientes perjuicios no solo para los ocupantes del mismo -pérdida de vivienda de ochenta y siete familias y pérdida de empleo de más de cien personas que trabajan en locales comerciales y oficinas del inmueble-, sino de toda la ciudadanía tal y como se observa del examen de la documentación aportada con los acuerdos de mediación, en orden a los enormes costes derivados de una demolición y posterior reconstrucción a fin de dejar el edificio en el estado en que se hallaba antes del otorgamiento de la licencia, con la consiguiente pérdida de servicios sociales durante muchos años, una sostenible situación económico-financiera para el ayuntamiento con el consiguiente coste social, aportándose una valoración económica de aproximadamente 59.500 euros, en atención a los costes de demolición, reconstrucción, construcción de viviendas para reubicar a los desalojados, coste de realojo de los vecinos durante la ejecución de las obras e indemnizaciones por pérdida de vivienda, así como el incremento de los tributos municipales en cantidades aproximadas al doble de la actual. Por consecuencia, se plantea como la única alternativa en el presente momento ante la incidencia de una demolición que plantea serios problemas en orden a su ejecución».

Al respecto, y, también esto, brevemente.

No dice el auto por qué este incidente es más difícil que otros; por qué la demolición del edificio del caso impacta a todos los vecinos y la demolición de otros no; por qué los costes de la demolición de este edificio importan en esta ejecución y no en otras; sobre todo, no dice el auto por qué la ejecución supone «la consiguiente pérdida de servicios sociales durante muchos años, una sostenible

situación económico-financiera para el ayuntamiento con el consiguiente coste social [...] así como el incremento de los tributos municipales en cantidades aproximadas al doble de la actual. Por consecuencia, se plantea como la única alternativa en el presente momento ante la incidencia de una demolición que plantea serios problemas en orden a su ejecución» (en el auto no se relaciona la cantidad que se dice -59.500.000 euros- con los ingresos totales previstos por el Ayuntamiento para el año 2018 -246,8 millones de euros-).

QUINTO.- Finalmente, pero no lo menos importante, el auto afirma que «En este sentido no existe precepto que se oponga a la mediación, porque el principio de libertad en el que se apoya esta figura supera las fundamentaciones a través de las cuales opera el poder judicial en virtud de lo dispuesto en los artículos 24 y 117 CE». Frente a tal afirmación de que el principio de libertad supera las fundamentaciones a través de las cuales opera el poder judicial, nos vemos en la obligación de reiterar que el poder judicial debe operar con sujeción a la Ley. No hay otra forma, en Derecho, de operar.

Y dice, el auto que «el caso al que nos enfrentamos no puede extrapolarse a otros supuestos y plantear, también de modo simplista, que cualquier ejecución urbanística puede sortearse mediante institutos que suplan la ejecución in natura mediante el único requisito de pagar una indemnización: nada más lejos de la realidad y, por tanto, ya puede afirmarse desde este momento que cualquier solución que a la presente resolución respalde es válida únicamente en los presentes autos, sin que sea en absoluto susceptible de una suerte de extensión de efectos o precedente que pueda esgrimirse». Tampoco dice por qué.

SEXTO.- Es por ello que entendemos que no procede el dictado de resolución declarando terminado el procedimiento por medio de la homologación judicial de una transacción".

2) Voto particular que formula el Ilmo. Sr. Don Francisco Javier Cambón García

“PREVIO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 197 de la LOPJ, se nos convocó a Pleno el 07/02/2019 para el «Conocimiento, y en su caso, homologación de los acuerdos de mediación intrajudicial presentados en los autos 6937/97 en orden a la ejecución de la sentencia». Es antecedente de la convocatoria que «Mediante providencia de fecha 2 de octubre de 2018 la sección segunda de esta Sala acordó derivar la ejecución de sentencia dictada en los autos 6937/1997 a mediación intrajudicial, citando a las partes a comparecencia, que se celebró el día 8 de octubre. Dicha providencia es firme en Derecho, no correspondiendo en este momento volver sobre dicha decisión».

PUNTO PRIMERO:

Comparto, en esencia, lo razonado en su V.P. por don Fernando Fernández Leiceaga, en cuanto a:

La relevancia de lo acordado, así como la trascendencia que puede tener para el futuro, como precedente, para otros supuestos.

Que el urbanismo, en general, no es materia susceptible de transacción, y mucho menos, cuando ya existe una sentencia firme que declara ilegal el acto administrativo que se recurre.

Que en el presente caso solo cabe modular el ritmo de la ejecución, en atención a sus particulares circunstancias, pero no dejar sin efecto la sentencia, sustituyéndola por una ejecución sustitutoria alejada de lo acordado, creándose una tercera vía entre ejecución/inejecución por imposibilidad, cual es la mediación/ ejecución por sustitución no prevista en la LJCA, homologando un acuerdo con disposiciones que están fuera de las posibilidades que la Ley 29/1998 atribuye al Tribunal sentenciador, resultando una no ejecución de sentencia y su sustitución por una cosa diferente.

Que la renuncia por el actor supone en la práctica un desistimiento de la acción pública que exige que el auto haya de ser notificado al Ministerio Fiscal, a tenor del artículo 74.3.º LJCA.

Que la modificación de la ordenanza municipal y la declaración del edificio como singular es una mera intención, que obliga a la tramitación del correspondiente expediente sin forzar el resultado final, que quedará condicionado a las alegaciones que se formulen también por terceros y la Xunta, y en todo caso, tal acuerdo no supone la desaparición de la controversia, la sustitución de ilegalidad de la construcción, no resolviendo las discrepancias entre lo construido y la legalidad urbanística, no legaliza lo edificado, por lo que no se le concede licencia que lo ampare, lo que queda diferido al azar de futuribles, y mientras tal no acontezca, no estará ejecutada debidamente la sentencia.

PUNTO SEGUNDO:

Los acuerdos relativos a la edificación de viviendas sociales, protocolo de buenas prácticas urbanísticas, medidas referentes a los responsables políticos, técnicos y empresarios de la construcción de un edificio ilegalizable y reclamaciones entre los distintos intervinientes, son cuestiones ajenas a la ejecutoria que se pretende archivar por entender, equivocadamente, ejecutada la sentencia.

Se desconoce el título jurídico que ampara la entrega de casi tres millones de euros al ejecutante, que no es la indemnización del artículo 105.2 LJCA, al haber declarado el T.S. que no concurre imposibilidad de ejecución legal/material, ni se tramitó el preceptivo expediente de responsabilidad patrimonial la que, en principio, estaría prescrita (T.S. S. 2774/2018, de 10 de julio, Sección 5.ª, RC 1548/2017, de PO 2136/12 del TSXG) por haber transcurrido más un año desde la firmeza de la sentencia que anuló la licencia; así pues, la entrega por el Concello de A Coruña de tal suma del erario público, se justificara únicamente como «un premio» a un desistimiento a una reposición a la legalidad urbanística, que habría de rechazarse por el tribunal u oponerse a ello el Ministerio Fiscal (art. 74.4.º LJCA) dada la existencia de daño para el interés público.

PUNTO TERCERO:

Que la ejecución de la sentencia dictada en los autos 6937/1997 esté en el ámbito de aplicación de la mediación, que la ejecución de la sentencia 6937/1997 pueda ser objeto del acuerdo de mediación, en fin, que la ejecución de la sentencia 6937/1997 sea materia disponible es condición sine qua non para la homologación.

La STS, Sala Tercera, Sección 5, de 26/03/2016, dictada en el recurso 1797/2015 contra los autos de la Sección Segunda de 29/01/2015 y 08/04/2015 dictados en el trámite de ejecución de la sentencia del recurso contencioso-administrativo 6937/1997 en la que se anuló la licencia para la rehabilitación del inmueble del caso, en su fundamento de derecho segundo, declara lo que sigue: «SEGUNDO.- El Tribunal a quo no se limita a rechazar lo pedido por la actora, sino que trata de justificar el incumplimiento de lo establecido por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en orden a la ejecución de las sentencias y desliza en ambas resoluciones recurridas una serie de consideraciones impertinentes. En la primera, de fecha 29 de enero de 2015, cuando declara que: 'lo que no cabe indicar es que esas obras hayan de tener, como resultado último inexcusable, la restitución del edificio al estado que presentaba antes de su rehabilitación', a pesar de que la licencia de rehabilitación fue anulada por aquella vieja sentencia firme de fecha 20 de diciembre de 2001, en la que, además, se ordenó expresamente la demolición de las obras amparadas en ella, y, hasta ahora, no han prosperado ninguno de los incidentes planteados por imposibilidad legal ni material de ejecutarla. En la segunda, de fecha 8 de abril de 2015, cuando asegura que no hay contradicción entre su resolución de fecha 29 de enero de 2015 y las que dictó con fechas 24 de mayo de 2012 y 2 de abril de 2013, porque «ambos se referían a una normativa que no es la que está vigente en este momento y en ningún caso cabe olvidar lo reiteradamente declarado por la Jurisprudencia sobre que sería absurdo demoler algo que inmediatamente podría ser, de forma totalmente legal, construido de nuevo». Hay que recordar a la Sala de instancia que si se hubiese procedido a ejecutar la sentencia cuando ella misma declaró que no concurría imposibilidad legal de hacerlo, no se hubiese demorado tal ejecución hasta haberse aprobado distintas modificaciones del planeamiento urbanístico so pretexto del ius variandi de la Administración, cuando ello ha podido encubrir una decidida voluntad de no cumplirla. Así lo demostró el ulterior incidente promovido por imposibilidad material de ejecutarla, al que la Sala de instancia accedió, si bien, una vez recurrida tal decisión, fue anulada por nuestra sentencia de 8 de julio de 2014, dictada en el recurso de casación 2465 de 2015, lo que no ha sido obstáculo para que se haya vuelto a plantear por la propia Administración municipal, obligada al cumplimiento de la sentencia, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y un nuevo incidente de suspensión de la ejecución, también interesada por la Comunidad de Propietarios del edificio rehabilitado con una licencia de obras anulada hace catorce años. Como ya declaramos en nuestra sentencia de fecha 8 de julio de 2014 (recurso de casación 2465/2013,

fundamento jurídico sexto), la ejecución de la sentencia debe proseguir, según lo viene pidiendo la recurrente en casación desde años atrás, en sus propios términos mientras no se declare con arreglo a la ley y a derecho la imposibilidad de ejecutarla, pues las actuaciones administrativas ilegales no pueden contar con el respaldo de los jueces y tribunales, sometidos exclusivamente al imperio de la Ley (artículo 117.1 de la Constitución) y no a criterios de oportunidad».

Las declaraciones del TS son contundentes. Y no se limitan al incidente de la decisión: la crítica de consideraciones de la Sala de instancia sobre el devenir de la ejecución diciendo que «no cabe indicar es que esas obras hayan de tener, como resultado último inexcusable, la restitución del edificio al estado que presentaba antes de su rehabilitación» y el recordatorio a la misma diciendo que «si se hubiese procedido a ejecutar la sentencia cuando ella misma declaró que no concurría imposibilidad legal de hacerlo, no se hubiese demorado tal ejecución hasta haberse aprobado distintas modificaciones del planeamiento urbanístico so pretexto del ius variandi de la Administración, cuando ello ha podido encubrir una decidida voluntad de no cumplirla».

Las decisiones del TS en vía de recurso de casación, condicionan, legalmente, esta ejecución.

PUNTO CUARTO:

- No puede confundirse mediación -sin ley en el contencioso-administrativo-, transacción -artículo 77 LJCA-, concurrencia de causas de imposibilidad de ejecución -artículo 105 LJCA- e incidente de ejecución -artículo 109 LJCA- nos parecen cosas distintas.

En cualquiera de los casos, la homologación judicial es contraria a:

Los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en relación con los arts. 9.1 y 117.1 CE y 18 LOPJ. La potestad de hacer ejecutar las sentencias corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional; las partes están obligadas a cumplir las sentencias; serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento -art. 103, 1, 2 y 4-. No podrá declararse la inejecución del fallo; si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia el Tribunal apreciará su concurrencia o no y adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria -arts. 105.1 y 5-.

Tampoco encuentra amparo en el art. 109 LJCA. No se trata de la decisión, sin contrariar el fallo, de cuestiones planteadas en la ejecución, en los términos del art. 109 sino de la opción por «una forma alternativa de llevar a cabo su ejecución». El fallo ordena demoler la obra ilegal, y nada se decide sobre el modo de ejecución de esta obligación de hacer. Los acuerdos entre las partes tampoco convierten en legal lo ilegal.

El art. 77 LJCA no es de aplicación.

Porque lo que es de aplicación son las normas especiales de la ejecución; porque el artículo 77 LJCA es de aplicación a los procedimientos en primera o úni-

ca instancia y el del caso se encuentra en grado de casación; porque, analizados sus apartados 1 y 2, 77 en relación con el artículo 1809 del Código Civil, su antecedente legal, la transacción del caso no persigue la finalidad de evitar la provocación de un pleito o poner fin al que se había comenzado, y es posterior al día en que el pleito se declaró concluso para sentencia, antes, no se celebra una vez formuladas la demanda y la contestación sino cuando el pleito ya está decidido por sentencia firme; porque el juicio no se promueve sobre materias susceptibles de transacción, en particular, el juicio no versa sobre estimación de cantidad y porque se trata de la gestión urbanística y de su control por esta jurisdicción; y porque, en la medida en que no convierten en legal lo ilegal, no resuelve la controversia.

EN CONCLUSIÓN:

La mediación intrajudicial es ajena al urbanismo, y, en lo que afecta a la presente ejecutoria, la sentencia no está ejecutada, al no haberse restaurado la legalidad urbanística, sino que únicamente:

Se ha producido el desistimiento, retribuido, de un particular ejecutante, por lo que puede intervenir, al respecto, el Ministerio Fiscal.

Se suspende la demolición de la obra ilegal, y condicionada a la declaración del edificio como singular, la que, en su caso, podrá ser impugnada judicialmente por otras varias administraciones e instituciones, así como por ciudadanos en el ejercicio de la acción popular, pudiendo llegar a ser enjuiciada, finalmente, por el TS.

Así pues, no cabe homologación del acuerdo, ni la terminación y archivo definitivo de la ejecutoria".

3) Voto discrepante ó acuerdo de mediación que formula o maxistrado Don Fernando Fernández Leiceaga

"Considero imprescindible motivar o porqué da decisión de formular discrepancia co acordo da maioría, dada a relevancia do acordado e a transcendencia que pode ter para o futuro, en concreto, como precedente para outros supostos.

A discrepancia é con algúns dos fundamentos que sustentan o voto da maioría e cun dos puntos da decisión de homologación.

PRIMEIRO.- Tal e como se fai constar na citación ó pleno da Sala, ésta só debe pronunciarse sobre o acordó celebrado, é dicir, sobre a aplicación do art. 77.3 LJCA; isto supón que queda fóra do debate -tanto pola convocatoria como pola firmeza da providencia de 08.10.2018 e do auto de 29.10 - toda controversia respecto a se a materia discutida- execución dunha sentenza en materia de urbanismo- é susceptible ou non de acordo/transacción/mediación.

En todo caso é o meu criterio que o URBANISMO -en xeral-, non é materia susceptible de transacción, e moito menos, cando xa existe unha sentenza firme que declara ilegal o acto administrativo que se recorre.

Neste caso só cabería modular o ritmo da execución -en atención ás particulares circunstancias do caso- pero non deixar sen efecto a sentenza substituíndoa por unha execución sustitutoria alonxada do acordado.

Posibilidade que, ó meu entender, carece de base legal; co acordado na providencia de 08.10.2018 xérase unha terceira vía entre a execución/inexecución por imposibilidade legal/material que é a mediación/execución por substitución non prevista na Lei 29/1998.

O efecto derivado da providencia de 08.10.2018 é unha pretensión de homologación dun acordo que contén disposicións que estarían fora das posibilidades que a Lei 29/1988 atribúe ó propio Tribunal sentenciador; é dicir, o resultado é a non execución da sentenza e a substitución por unha cousa diferente.

SEGUNDO.- O dito anteriormente carece de relevancia para decidir o voto, xa que, como se sinalou, o sometemento da cuestión a mediación é cousa xulgada, sobre a que o Pleno carece de xurisdición, limitándose a súa competencia para resolver se o acordo é ou non manifestamente contrario ó ordenamento xurídico ou lesivo para o interese público ou de terceiros, e é neste extremo onde coincido- nalgúns extremos- coa maioría, se ben, a discrepancia que se exporá é consecuencia inevitable do dito no FX 1.º.

Dado que o acordo contén diversos puntos é necesario examinar se algún deles infrinxiu estes límites.

Empezarei polo máis significativo (para terceiros alleos ó debate):

1.- Indemnización por dano moral ao demandante, por importe de case 3 millóns de euros.

Estamos ante a aplicación voluntaria, polas partes do procedemento, das posibilidades do art. 105.2 LJCA e 18.2 LOPX e, neste sentido, ningún reproche cabe facer, xa que non se infrinxe o ordenamento xurídico nin se lesiona o interese público ou de terceiros; estarmos ante un acordo privado nunha materia suxeita ó principio dispositivo.

O mesmo cabe dicir no caso da fixación das bases para indemnizar ós titulares de propiedades no edificio

2.- Código de boas prácticas urbanísticas e futura edificación de 50 vivendas sociais.

Tampouco se infrinxen os límites indicados, aínda que a homologación non atribúe ó Código de Boas Prácticas ningún valor xurídico a maiores do que resulta da aprobación municipal, e a edificación de 50 vivendas estará condicionada á legalidade urbanística.

3.- Renuncia a accións e indemnizacións.

Tampouco infrinxe os límites indicados, aínda que resulta obrigado subliñar que dita renuncia -por parte do actor- supón, na práctica, unha desistencia da acción pública, o que esixe que o auto lle sexa notificado ó Ministerio Fiscal-art.74.3 lei 29/1998.

4.- Recoñecemento de responsabilidade.

Tampouco infrinxe os límites indicados.

5.- *Modificación da Ordenanza Municipal/declaración de edificio singular.*

Neste punto considero obrigado facer unha matización, adiantando que, en se mesmo, non infrinxe os límites indicados.

Considero que se trata dunha declaración de intencións que, en canto tal, non infrinxe os límites do art. 77.3 LJCA e que só obriga a realizar a tramitación do expediente sen condicionar o seu resultado.

Entendo que, a pesares da atribución -pola homologación xudicial- de carácter executivo ó acordo, isto non pode condicionar o resultado final da modificación da Ordenanza municipal e a atribución á construción do carácter de edificio singular.

Todo iso quedará condicionado ó resultado da tramitación e das alegacións que se poidan formular, non só as partes afectadas senón tamén terceiros e a propia administración autonómica.

TERCEIRO.- Outra precisión que considero relevante (e é o punto fundamental de discrepancia coa fundamentación xurídica do voto da maioría) é que, aínda que é posible o acordo entre as partes para resolver as súas diferenzas -e neste sentido consideraría posible aprobar o acordo- este acordo NON IMPLICA A DESAPARICIÓN DA CONTROVERSA, entendida coma situación de ilegalidade da construción.

O acordo resolve a controversia existente entre o RECORRENTE, o CONCELLO e os PROPIETARIOS.

O acordo non resolve a discrepancia entre a CONSTRUCCIÓN e a LEGALIDADE URBANÍSTICA.

O acordo non legaliza a construción e, neste sentido, non se lle concede a oportuna licenza que a ampare senón que esta cuestión queda diferida ó albur de feitos futuros: modificación da Ordenanza e declaración coma edificio singular.

En tanto isto non sucede a sentenza non estará debidamente executada -coma indiquei non considero que exista unha terceira vía entre a execución e a non execución por imposibilidade legal- o que me leva a formular este voto particular e a miña discrepancia co arquivo da executoria".

5. A modo de conclusión

Como señalé al inicio, el Auto de la Sala del TSJ de Galicia de 8 de febrero de 2019 probablemente no deje a nadie indiferente. He ahí su grandeza. Porque es innovador, valiente y arriesgado, y al propio tiempo está muy motivado. La importancia del caso concreto lo requería, pero, mucho más allá del caso, el Tribunal tenía entre manos la oportunidad de poner en funcionamiento la técnica de la mediación intrajudicial, nada más y nada menos que en el ámbito urbanístico, en sede de ejecución de sentencia y respecto a un caso sobre el que el tiempo no había hecho más que entorpecer cualquier solución que pretendiese calificarse de justa.

Si me siento satisfecha de haber podido participar en este asunto es porque soy una convencida del poder innovador del Derecho. De que avanzar en lo jurídico requiere de dosis de creación, con audacia y valentía, pero con mesura y sensatez en igual proporción. Y de que siempre, cualquiera que sea el artificio empleado o la técnica explorada, debe estar presente de inicio a fin la satisfacción del interés general. Y todo ello ha presidido las sucesivas sesiones de mediación, puedo dar fe de ello, y con total seguridad el juicio posterior de la Sala.

Como afirma el Tribunal, lo resuelto no crea precedente, porque es característica de la mediación la atención al caso concreto. Pero es un paso dado en la dirección anisada cuando finalizaba mi trabajo sobre *Arbitraje y Derecho Administrativo*, al que vuelvo para finalizar como empecé, y en el que señalaba, en 2011, que resultaba necesario atemperar el entusiasmo desbordante de quienes ven en las ADR el remedio definitivo a la crisis actual de la Justicia, pero no puede ponerse freno excesivo que impida buscar fórmulas novedosas e imaginativas que no plantean dificultades insalvables en el Derecho Público. Y si entonces proponía hacer llegar el mensaje positivo "ADR is OK" que DELGADO PIQUERAS ilustró en su trabajo sobre "La *Administrative Dispute Resolution Act* de los estados Unidos" en la *Revista de Administración Pública* (131, 1993), creo que la solución de la controversia del Antiguo Edificio de Fenosa de A Coruña puede servir para impulsar definitivamente la aprobación de los instrumentos normativos que se echan en falta para transitar un camino que, creo, no tiene vuelta atrás.

