A RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO: CONSIDERAÇÕES BREVES SOBRE UMA IDEIA CENTRAL QUE PRESIDE À REVISÃO DO CPTA

Fernanda Maçãs

Sumário: Partindo de uma ideia chave de *racionalização processual,* a autora destaca as vias através das quais o projeto de revisão do CPTA se propõe alcançar tal objetivo: o incremento dos mecanismos de apensação, convolação e uniformização de processos; a criação de novos meios processuais urgentes; a importação de mecanismos considerados não jurisdicionais, de mediação e de conciliação; e a arbitragem, com um alerta para a necessidade de o alargamento do seu âmbito exigir um quadro jurídico adequado às suas especificidades e para a necessidade de se valorizar, igualmente, a justiça estadual administrativa.

Descritores: Justiça administrativa; Meios alternativos; Arbitragem; Regras da Arbitragem.

A. VIAS DE RACIONALIZAÇÃO DOS MEIOS NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA ESTADUAL [1]

Numa perspectiva de conjunto, as várias medidas adoptadas na presente reforma parecem obedecer a uma ideia central de racionalização processual. Procura o legislador tornar mais eficiente o processo tirando o máximo partido dos meios de que dispõe, assim eliminando, sob um propósito de economia processual, os actos que se afiguram inúteis ou dispensáveis à consecução dos fins visados. Pela simplificação, visa-se atingir uma gestão maximizada dos meios processuais.

Da análise das alterações propostas, destacamos quatro vias através das quais o legislador pretende realizar este objectivo: i. Apensação de processos; ii. Convolação de processos; iii. Uniformização de processos; e iv. Criação de novos meios processuais urgentes.

---

[1] Apesar de só agora publicado, este texto corresponde, com algumas alterações, ao que serviu de base à comunicação proferida, no âmbito do Congresso de Direito Administrativo, subordinado ao Tema "Novas Perspectivas para o Contencioso", realizado no Hotel Altis, em Lisboa, nos dias 23 e 24 de Outubro de 2014 (durante a fase de discussão pública do Ante-projecto de revisão do CPTA), sendo que o conteúdo do texto tem por referência a versão então divulgada.

i. Apensação de processos

Com a adopção desta medida o legislador parece ter sido movido pela promoção da celeridade, visando-se, tal como consta da exposição de motivos, "dar resposta célere e integrada aos litígios respeitantes a procedimentos de massa", assegurando a concentração num único processo, a correr num único tribunal, das múltiplas pretensões que os participantes nestes procedimentos pretendam deduzir no contencioso administrativo.

Pretendeu-se também, com esta medida, alcançar a maior compatibilidade possível entre as decisões relativas a casos similares, reduzindo as hipóteses de divergência entre julgados. Para esse efeito, no art. 99.º do Ante-projecto, prevê-se um processo urgente denominado "Contencioso dos procedimentos de massa", que compreende as acções respeitantes à prática ou omissão de actos administrativos, no domínio dos concursos de pessoal cujos participantes sejam em número superior a 20; procedimentos de realização de provas cujos participantes sejam em número superior a 20 e procedimentos de recrutamento cujos envolvidos sejam em número superior a 20.

Para além de se tratar de uma acção administrativa urgente, que inclui também o contencioso eleitoral, no n.º 4 do preceito prevê-se que, "Quando, por referência ao mesmo procedimento, seja proposta mais do que uma ação, os respetivos processos são objeto de apensação obrigatória àquele que tiver sido intentado em primeiro lugar, segundo o disposto no artigo 28.º".

O legislador revela-se sensível ao problema relacionado com o contencioso de procedimentos concursais, de recrutamento e de realização de provas, que convocam normalmente numerosos litígios com decisões judiciais que se protelam no tempo e nem sempre no mesmo sentido, o que, frequentemente, não é compreendido pelos cidadãos.

A adopção desta via, como meio para atingir o primeiro objectivo, afigura-se-nos de difícil concretização, na medida em que, dando origem a mega processos, e não sendo, o surgimento destes, acompanhado pela criação de medidas logísticas estruturais capazes de proporcionar resposta à nova realidade, os juízes deparar-se-ão com acentuada dificuldade para, de modo célere, gerir e pôr termo aos mesmos [2].

Parece-nos, no que diz respeito ao segundo objectivo, que a apensação constitui uma medida adequada à sua realização. Pode, contudo, haver hipóteses em que os fundamentos e os problemas relevantes em alguns dos processos apensados tenham natureza diversa relativamente à maioria dos demais, em termos tais que o seu tratamento conjunto não sirva a realização

[2] Poderia pensar-se eventualmente na possibilidade de esta competência ser cometida ao Supremo, uma vez que, de entre as instâncias da jurisdição administrativa, é a que está um pouco menos sobrecarregada. Por outro lado, seria uma instância centralizadora, sendo como é, um tribunal com jurisdição sobre todo o território e de os processos apensáveis serem susceptíveis de provir de qualquer ponto do território nacional.

de qualquer dos objectivos que preside à apensação, representando, pelo contrário, obstáculo à efectiva celeridade processual [3].

Afigura-se, por isso, que, a manter-se a regra da apensação obrigatória, deveria conceder-se, contudo, ao juiz a possibilidade de, perante as circunstâncias do caso concreto, atenta a sua complexidade, bem como a diversidade do pedido e da causa de pedir, ordenar a desapensação do ou dos processos relativamente aos quais tais especificidades se verifiquem, sob pena de, a sua manutenção, no bloco dos processos apensados, ser impedimento para alcançar o objectivo visado: racionalizar o processo por via da economia e celeridade processuais.

ii. Convolação de processos

Na senda da simplificação aponta-se também a convolação dos processos de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias em processos cautelares, quando a acção não preencha os requisitos das primeiras.

Segundo o n.º 1 do art. 110.º-A do Ante-projecto, se o juiz entender que as circunstâncias do caso não preenchem os pressupostos da acção de intimação para defesa de direitos, liberdades, e garantias, por a situação se bastar com a adopção de uma providência cautelar, no despacho liminar formula o convite para o autor substituir a petição. Se, porém, o juiz reconhecer a existência de uma situação de especial urgência decreta oficiosamente a providência cautelar que julgue adequada, nos termos do estatuído no n.º 2 daquele preceito. Substancialmente o preceito oferece duas vias de correcção do erro na forma de processo consoante se verifique ou não uma situação de especial urgência. No primeiro caso, a correcção é feita oficiosamente (mediante convolação), mas no segundo opera mediante convite do juiz dirigido ao autor.

Em qualquer caso, o objectivo traduz-se em garantir e potenciar o uso adequado de cada meio processual, impedindo-se que os particulares exijam a tramitação de uma acção principal urgente, a convocar de imediato uma decisão de fundo, quando a garantia do objecto litigioso pode ser adequadamente alcançada com a adopção de uma medida cautelar (de análise perfunctória), protelando-se para mais tarde a decisão de mérito.

---

[3] Nas palavras de Esperança Mealha, "A rigidez da regra da apensação obrigatória de processos, cujo único elemento de ligação pode ser apenas o facto de se reportarem a um mesmo procedimento de massa, afigura-se dificilmente justificável e suscetível de comprometer os objetivos delineados para esta ação urgente". A Autora propõe mesmo a sua substituição por outra regra mais flexível que remeta para a ponderação do juiz, em concreto, quanto à "(in)utilidade ou (in)conveniência" da apensação [cfr. "Contencioso (urgente) dos procedimentos de massa", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 106, Julho/Agosto, de 2014, pp. 83-84)]. Sobre três propostas alternativas ao que resulta do Ante-projecto quanto aos *procedimentos de massa,* cfr. Dora Lucas Neto, "A urgência no Anteprojeto de revisão do CPTA sob o prisma do novo contencioso dos procedimentos de massa", *O Anteprojecto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Debate*, AAFDL, 2014, pp. 144 ss.

iii. Uniformização de processos

Ao nível da simplificação, sob a influência do Código de Processo Civil, realça-se o fim do regime dualista da acção administrativa especial /acção administrativa comum, tendo como objectivo passarem todos os processos não urgentes do contencioso administrativo a tramitarem sob uma única forma de acção, designada como acção administrativa [4].

Desiderato difícil de alcançar dadas as inúmeras disposições particulares referentes à impugnação de actos propriamente ditos, à condenação à prática do acto devido, à impugnação de normas, à validade e execução de contratos, gerando-se dúvidas quanto a saber se a mudança de paradigma se traduz em efectivos ganhos de celeridade e eficiência.

Embora, numa primeira análise, se possa estabelecer relação directa entre uniformização e simplificação, essa relação não é necessariamente verdadeira, uma vez que nem sempre a uniformização se traduz numa melhoria, quer ao nível da decisão, quer da tramitação. Verifica-se, por vezes, que a diversidade é condição de simplificação. De resto, a necessidade de haver alternativas a um caminho único, manifesta-se nas diversas regras especiais que se criaram no âmbito deste regime que se quer, como realça o legislador, uniforme.

iv. Criação de novos meios processuais urgentes

Nesta sede, a racionalização é alcançada através da diminuição dos prazos e da simplificação processual, assistindo-se, ao aumento do número de processos urgentes (quer principais quer cautelares). Realça-se, em especial, a solução proposta para efectivar a transposição efectiva da Directiva Recursos, optando-se por consagrar o efeito suspensivo automático em caso de impugnação da decisão de adjudicação (art. 103.º-A). Esta previsão merece-nos duas observações. Por um lado, não é claro que a transposição da referida Directiva impusesse a adopção de uma solução de suspensão automática. Por outro lado, ainda que seja esse o entendimento, essa suspensão já estaria salvaguardada pelo regime constante do art. 128.º do CPTA [5].

Com as alterações introduzidas no art. 128.º do Ante-projecto assegura-se também a tutela dos contra-interessados. Por outro lado, de ambos os artigos resulta que, quer a Administração Pública, quer os contra-interessados, podem requerer o levantamento do efeito suspensivo ao tribunal. Diferencia-os a circunstância de, por força das alterações agora introduzidas, a suspensão

---

4 Para análise desenvolvida sobre a bondade desta novidade, cfr. Sérvulo Correia, "Da ação administrativa especial à nova ação administrativa", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 106, Julho/Agosto, de 2014, pp.49 ss.

5 Sobretudo a partir do momento em que o STA passou a admitir a aplicação do art. 128.º do CPTA, ao contencioso pré-contratual especialmente previsto no art. 132.º do CPTA, por força de uma interpretação conforme à Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Novembro (neste sentido, cfr. o Acórdão de 3/10/2013, processo n.º 829/13).

automática ter passado a ser, na redacção proposta para o art. 128.º, a regra, uma vez que a Administração só pode obstar a essa suspensão mediante invocação de estado de necessidade. Tanto representa uma vantagem relativamente ao art. 103.º-A, onde tal salvaguarda não está contemplada.

Considerando a proximidade de regime entre os dois preceitos, para evitar sobreposição e proliferação de normas, seria de ponderar a possibilidade de adoptar, como regime único de base, o constante do art. 128.º do CPTA, introduzindo-lhe, embora, adaptações, no que diz respeito ao critério de concessão da providência, nos casos em que estejam em causa actos de adjudicação em contencioso pré-contratual. Tanto permitiria, parece-nos, prescindir do art. 103.º-A.

As reservas apontadas a esta opção do legislador saem reforçadas se se tiver em conta que, por um lado, no âmbito deste mesmo Ante-projecto há também lugar ao alargamento do decretamento provisório da providência requerida a todas as situações de "especial urgência" (art. 131.º CPTA) e, por outro lado, se mantém o art. 132.º do CPTA (providência específica do contencioso pré-contratual).

Em suma, atenta a diversidade de mecanismos de tutela existentes, quer pré-cautelar, quer cautelar, afigura-se dispensável a introdução de novas medidas, evitando que a sua articulação se torne fonte de dificuldades acrescidas e geradora de focos de incerteza. Com os aperfeiçoamentos propostos e a ligeira adaptação das providências já existentes, poder-se-ia, eventualmente, com maior simplicidade e eficácia, tornar desnecessária a introdução de mais mecanismos urgentes no âmbito do contencioso pré-contratual.

Por outro lado, a multiplicação de prazos muito curtos para as decisões judiciais nem sempre tem em consideração as diferenças de complexidade das causas ou o número de questões a decidir, o número de partes envolvidas, etc..Para além disso, de nada serve o encurtamento generalizado dos prazos, se não houver meios humanos para que as decisões sejam efectivamente decididas com maior celeridade [6].

Cumpre ainda realçar que, a par da criação de novos meios processuais, o legislador adopta soluções de sentido oposto, na medida em que, ao invés de inovar, extingue mecanismos processuais anteriormente previstos. Referimo-nos à eliminação do funcionamento do colectivo em primeira instância, solução tomada a título de simplificação, mas que, a nosso ver, importa consequências negativas para boa realização da justiça. Ainda que, aparentemente, se pudesse pensar que os colectivos contribuem para a demora das decisões judiciais, a verdade é que tal regra, para além de garantias acrescidas de independência e de imparcialidade que assegura, contribui para a qualidade das decisões, pelo debate que a colegialidade convoca [7].

---

6 Cfr. Fernanda Maçãs/Esperança Mealha, " Parecer da ASJP ao Projecto de Proposta de Lei de Autorização para Revisão do CPTA…", p. 19.

7 Jean Gourdou/Antoine Bourrel, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, Paris, 2002, p. 11.

Com esta maior qualidade (sobretudo tratando-se do julgamento de matéria de facto) reduzem-se os fundamentos para impugnação das decisões judiciais, o que contribui para combater a morosidade. Por outro lado, mesmo que haja lugar a recurso, a maior qualidade das decisões torna mais fácil a apreciação do mesmo e, assim, mais célere a estabilização da instância.

Note-se, porém, que se mantém essa possibilidade para as providências cautelares, podendo o relator submeter o seu julgamento à apreciação da conferência, quando a complexidade da causa o justifique (n.º 2 do art. 119.º), gozando da mesma faculdade o presidente do tribunal, por proposta do juiz do processo, sendo a questão decidida em conferência de três juízes (n.º 3 do art. 119.º). Perante esta previsão, no âmbito das providências cautelares, processos surgentes, afigura-se contraditória a não previsão de idêntica possibilidade no âmbito dos processos principais.

Por outro lado, cremos que além de esta possibilidade de intervenção dever ser comum aos dois tipos de processos, a redução da potencial desigualdade da jurisprudência em casos semelhantes e o reforço da correcção da decisão do tribunal, aconselhariam a que o legislador definisse um conjunto de matérias no âmbito das quais se pode antecipar, na generalidade das hipóteses, complexidade e dificuldade na apreciação da questão de facto (designadamente nos casos de responsabilidade civil, urbanismo, ambiente e regulação — sobretudo nas relações entre reguladores e regulados).

B. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS

As considerações que acabámos de tecer respeitam a formas de racionalização dos meios que existem dentro da jurisdição administrativa estadual.

Veremos, de seguida, que o legislador procura, porém, racionalizar de duas outras formas: por um lado, importando, para os tribunais, mecanismos que, por regra, são considerados meios alternativos à jurisdição (não jurisdicionais) — a conciliação e a mediação; por outro lado, aumentando o número de casos em que é possível a resolução do litígio fora da jurisdição estadual, mas ainda por via jurisdicional (privada): mediante recurso à arbitragem. Quer num caso, quer noutro, o legislador recorreu a meios de resolução de litígios que se integram no âmbito dos designados ADR (Meios Alternativos de Resolução de Litígios) [8].

Apesar de ser papel fundamental de um Estado de direito democrático, garantir os direitos dos cidadãos, através do funcionamento, eficiente e rápido, do sistema de justiça, existe hoje um consenso generalizado, que ultrapassa fronteiras, sobre a ineficácia do sistema público e institucionalizado de administração da justiça em geral e, em particular, da justiça administrativa.

---

[8] Cfr., entre outros, João Taborda da Gama, "Contrato de Transacção no Direito Administrativo e Fiscal", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V., Almedina, 2003, 625 ss.

A questão não é nova e tem motivado várias reformas, mas as dificuldades tendem a subsistir, mesmo a agravar-se, porquanto, o aumento exponencial dos conflitos entre a Administração e os particulares (motivado por diversas razões) é um problema comum das sociedades complexas de hoje.

A complexidade crescente das relações sociais e das regras que as regem, por outro lado, e uma maior consciencialização dos direitos por parte dos administrados, são também factores que estão na origem da inflação do contencioso administrativo. Tal aumento tem repercussões directas na demora da justiça, e esta retira eficácia prática às sentenças judiciais, afecta o direito à tutela judicial efectiva e contribui para a irrelevância social de alguns sectores do Direito Administrativo.

Mas a demora dos processos é apenas um dos aspectos da crise da justiça pública administrativa institucionalizada.

Assiste-se, por outro lado, à inadequação da resposta dos tribunais administrativos, no âmbito do contencioso de tipo social ou económico, o que é especialmente grave na medida em que a necessidade de recurso a tribunal para resolução desse tipo de litígios se faz sentir, particularmente, nas situações de crise económica: com o aumento do desemprego e das dificuldades de liquidez das famílias e empresas, multiplicam-se os pedidos de subsídios, de apoios financeiros, de isenção de taxas, etc., domínios em que, à pretensão das partes, no sentido de obtenção de uma pronúncia sobre a legalidade das pretensões ou da eventual ilegalidade da recusa da Administração, se soma, de modo especialmente importante, a pretensão de resolução efectiva do problema em tempo útil.

As dificuldades da justiça administrativa revelam-se, igualmente, no que respeita aos litígios emergentes do mundo da regulação económica e financeira, quer porque os operadores económicos e os consumidores reclamam a necessidade de uma justiça simples e rápida, pouco compaginável com o funcionamento lento e burocratizado da justiça estadual institucionalizada, quer porque se assiste cada vez mais à utilização do contrato como instrumento de regulação [9].

A inadequação do contencioso tradicional faz-se também sentir noutros domínios, tais como em matérias do direito do ambiente [10] e do urbanismo caracterizados (tal como os conflitos da regulação), pelo seu frequente carácter de "conflitos multipartes", que envolvem interesses privados e públicos e especificidades técnicas (por vezes de natureza científica) complexas, a requererem urgência na resolução, sob pena de se tornar inútil o efeito útil das sentenças.

---

9 Para análise desenvolvida desta tendência, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 126 ss.

10 Domínios onde se assiste à abertura crescente ao uso da via consensual (contrato) em detrimento do acto administrativo. Para maiores desenvolvimentos cfr., entre outros, CÁTIA MARQUES CEBOLA, "A arbitragem no contexto ambiental e urbanístico", *A Arbitragem Administrativa e Tributária*, Almedina, Coimbra, 2012, pp.17 ss.

Constitui, assim, característica comum aos vários tipos de litígios apontados o facto de a sua resolução se apresentar irrepetível e acontecer, em muitas situações, mais pela procura de soluções alternativas ou negociadas do que pela aplicação estrita da lei ou do direito. Daí se compreender a crescente fuga para os denominados meios alternativos de resolução de litígios por um juiz estadual, caracterizados por assentarem, de um modo geral, no consentimento e vontade das partes, pela informalidade, simplicidade e celeridade, podendo ter lugar previamente, durante ou à margem do tribunal [11].

Alguns desses mecanismos, tais como, a conciliação ou a mediação, são simples procedimentos de auto composição de litígios que visam alcançar um acordo, mas não garantem a resolução definitiva do conflito. Outros, porém, tais como a homologação de transacção e a arbitragem, têm carácter vinculativo.

A Constituição da República Portuguesa (CRP), não obstante reconhecer que a função jurisdicional está reservada a tribunais caracterizados como órgãos públicos de soberania, admite, desde cedo (LC n.º 1/89), "formas de composição não jurisdicional de conflitos" (n.º 4 do art. 202.º) e, ao enunciar que, de entre as "as diversas categorias de tribunais", podem existir "tribunais arbitrais" (art. 211.º, n.º 2).

Começaremos por nos referir aos dois primeiros meios de resolução alternativa (conciliação e mediação) por serem aqueles que estão envolvidos na primeira via de racionalização que identificámos, no âmbito da intervenção do legislador ao nível dos meios alternativos de resolução de litígios — valorização de meios alternativos não jurisdicionais.

B.1. Valorização de meios alternativos não jurisdicionais na justiça administrativa estadual — conciliação e mediação

Podemos dizer que a conciliação é inerente à função de qualquer tribunal, sendo diversas as normas legais que estatuem a sua obrigatoriedade antes do julgamento, em especial, nos domínios do processo civil e do trabalho.

A introdução destes mecanismos dentro da justiça administrativa estadual traduz uma novidade, propondo o legislador alterações referentes à institucionalização das figuras da "tentativa de conciliação e de mediação", quando "a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes", em qualquer estado do processo, desde que "as partes conjuntamente o requeiram ou o juiz a considere oportuna" (art. 87.º-C), podendo ter igualmente lugar no âmbito da audiência prévia [art. 87.º-A, n.º 1, alínea *a)*].

No n.º 3 do art. 87.º-C refere-se que "A tentativa de conciliação é presidida pelo juiz, devendo este empenhar-se ativamente na obtenção da solução

---

[11] Cfr. M. Fernanda Maçãs/Luis G.Catarino/J.Pedro Cardoso Da Costa, "O Contencioso das Decisões das Entidades Reguladoras do Sector Económico e Financeiro", *Estudos de Regulação Pública*, I, Coimbra Editora, 2004, pp. 396 ss., e, em especial, pp. 406 ss. Mais recentemente, cfr. Luis G.Catarino, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 780 ss.

mais adequada aos termos do litígio", remetendo-se o seu processamento para diploma próprio.

Perante este regime, parece-nos que se suscitarão, desde logo, dificuldades no preenchimento de um conceito que é imposto como pressuposto do recurso à conciliação e à mediação, dado que nem sempre é fácil saber quando é que "a causa cabe no âmbito dos poderes de disposição das partes".

Por outro lado, estando em causa a Administração Pública, afigura-se existir outra dificuldade no que se refere à mediação.

A conciliação e a mediação têm em comum o facto de pressuporem a intervenção activa de um terceiro, o qual se limita, no primeiro caso, a aproximar as partes, mas a solução vem destas; no segundo, o terceiro tem uma intervenção activa exigindo-se-lhe que faça propostas de soluções concretas, pelo que, neste caso, a solução vem do mediador e não das partes. Pode, desta forma, questionar-se se é desejável que o juiz, depois de ter tido um papel activo na resolução do litígio, fazendo propostas concretas, ser obrigado, caso o acordo não seja aceite, a voltar ao seu papel de terceiro neutro e imparcial. Podemos estar a exigir dos juízes uma prática de execução dificilmente verosímil, com risco de, também por esta razão, o regime não se implantar de modo eficaz.

Torna-se, por outro lado, necessário preparar os juízes os novos papéis que lhe são atribuídos, bem como cativar os actores processuais para as virtualidades destes mecanismos, uma vez que, se forem levados a cabo com êxito, podem ajudar significativamente a resolver a situação de quase bloqueio em que se encontra a Justiça Administrativa (1.ª e 2.ª instâncias).

De mencionar, por outro lado, que, nos termos do Ante-projecto, se mantém o recurso à conciliação e à mediação na fase pré-jurisdicional, designadamente nas formas que assume nos mecanismos de impugnação administrativa (reclamação, recurso hierárquico ou tutelar). Manutenção que se nos afigura de aplaudir, uma vez que, embora de utilização facultativa, revelam-se especialmente aptos à resolução eficaz dos litígios e de forma menos onerosa para o particular. Pelo que incumbiria à Administração um esforço acrescido para, na prática, os usar na resolução de litígios com os particulares, assim diminuindo o afluxo de processos que chegam ao tribunal [12].

B.2. Valorização de meios alternativos jurisdicionais — a arbitragem

B.2.1. *Dos limites à arbitrabilidade em matéria administrativa*

A questão da arbitrabilidade reconduz-se, em nossa óptica, a dois aspectos: o de saber que tipo de matérias administrativas pode a lei autorizar que possam ser resolvidas por via da arbitragem, separando-se o que tem de

---

[12] Cfr. M. Fernanda Maçãs/Luis G.Catarino/J.Pedro Cardoso da Costa, *ob. cit.*, pp. 409 ss.

pertencer à justiça estadual do que pode ser relegado para este meio alternativo, por um lado; definido o que pode ser relegado para a arbitragem importa, por outro lado, estabelecer o respectivo regime.

B.2.1.1. *Tipo de litígios arbitráveis*

i. Evolução legislativa (breve)

Como ficou dito, a CRP consagra, no art. 209.º, n.º 2, que podem existir tribunais arbitrais, nada adiantando, contudo, quanto ao âmbito e a natureza dos litígios que lhes cabe dirimir. Indo ao encontro de uma realidade infra-constitucional, onde se reconhecem os tribunais arbitrais como tribunais cujas sentenças são tão obrigatórias quanto as dos tribunais estaduais (sentenças com força de caso julgado[13]), aquele preceito limita-se a prever, precisamente, que a lei possa atribuir o exercício da função jurisdicional a tribunais arbitrais voluntários, constituídos "ad hoc", por livre escolha das partes [14].

A referida previsão, conjugada com o disposto no seu n.º 1 [15], não terá, de imediato e por si só, outro significado que não seja o de que a jurisdição não é exclusiva de tribunais estaduais, ou seja, que estes não têm o monopólio da função jurisdicional [16], a não ser no que se refere à força executiva das suas sentenças, na medida em que os tribunais arbitrais não comungam, com os tribunais estaduais, do poder de autoridade de impor coercivamente as suas decisões, correndo a execução das mesmas, se for caso disso, nos tribunais estaduais (art. 47.º da Lei da Arbitragem Voluntária — LAV), gozando

---

13 São verdadeiros tribunais embora não sejam órgãos de soberania, que constitui atributo exclusivo dos tribunais estaduais. Neste sentido, cfr., entre outros, Miguel Galvão Teles, "Recurso para o Tribunal Constitucional das Decisões dos Tribunais Arbitrais", *Estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 646 ss.; Sérvulo Correia, "A Arbitragem Voluntária, no Domínio dos Contratos Administrativos", *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, p.231. De qualquer modo, a reserva de competência legislativa parlamentar abrange os tribunais arbitrais, por serem tribunais em sentido constitucional, cfr., entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 230/86 e 52/92.

14 Sobre os traços caracterizadores dos tribunais arbitrais, cfr. Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 562/563. De tribunais arbitrais constituídos "ad hoc" temos de distinguir, desde logo, a arbitragem imposta por lei às partes (tribunais arbitrais necessários), o que suscita problemas de eventual desconformidade com o direito de acesso aos tribunais consagrado no art. 20.º da CRP (cfr. o mesmo autor e obra citada, pp. 570 ss.).

15 Segundo o art. 209.º, n.º 1, da CRP, "os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo".

16 No sentido de que não vigora em Portugal "uma reserva de jurisdição estadual no que concerne aos litígios que envolvam a Administração Pública", cfr. Mário Aroso de Almeida, "Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal", *Estudos de Homenagem a Miguel Galvão Teles*, pp. 7 ss. Para a distinção entre «reserva de jurisdição estadual» cometida aos tribunais estaduais, enquanto «órgãos de soberania», no art. 209.º, n.º 1, da CRP, e «monopólio estadual da função jurisdicional», cfr. Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas*…cit, pp.562/563.

estes de todos os atributos do poder soberano de julgar: o de declarar o direito e de impor essa declaração por recurso à força pública [17].

A arbitragem administrativa tem raízes profundas na nossa ordem jurídica, devendo ser realçado que, desde muito cedo, mesmo as teses mais estritas sempre admitiram o recurso à arbitragem para resolver, pelo menos, determinados litígios jurídico-administrativos, quando existisse lei especial que expressamente autorizasse a Administração a fazê-lo.

Após a consagração do art. 209.º, n.º 2, da CRP, o Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril, foi o primeiro diploma com alcance genérico sobre a matéria — diploma que aprovou o ETAF[18] e em cujo art. 2.º, n.º 2, se admitem tribunais arbitrais no domínio do "contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo o contencioso das acções de regresso"[19]. Com isso, limitou-se, o legislador, a consolidar, em relação aos contratos administrativos, uma solução até aí recebida em legislação avulsa. A este diploma, que passou a funcionar como norma habilitadora para a Administração recorrer à arbitragem, seguiu-se, em 1986, a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, que veio disciplinar a arbitragem voluntária, dispondo-se, no art.1.º, n.º 4, que o Estado e outras pessoas colectivas públicas podiam celebrar convenções de arbitragem, se para tanto fossem autorizadas por lei especial ou se estivessem em causa litígios respeitantes a relações de direito privado.

Na Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, através da qual se aprovou o CPTA, estabeleceu-se, no seu Título IX, sob a epígrafe "Tribunal arbitral e centros de arbitragem", um conjunto de normas sobre a matéria, assistindo-se ao alargamento do âmbito da arbitragem.

Com efeito, no art. 180.º do CPTA[20] regula-se, em termos muito amplos, esta matéria, nele se admitindo, para além das matérias tradicionais, por exemplo, a constituição de tribunais arbitrais para "a apreciação de actos administrativos" relativos à execução de contratos [n.º 1, alínea *a)*]; questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva [n.º 1 alínea *c)*]; e litígios "emergentes de relações de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de

---

17 Cfr. Mário Esteves de Oliveira e Outros, *Lei da Arbitragem Voluntária*, Almedina, Coimbra 2014, p. 31.

18 Até então a autorização à arbitragem tinha lugar, em termos limitados e matérias especiais (tais como, empreitadas de obras públicas, contratos e em geral nas acções administrativas), no âmbito de legislação avulsa. Para estudo desenvolvido sobre esta evolução, cfr. Sérvulo Correia, "A Arbitragem"…cit., pp. 231 ss.

19 Segundo Sérvulo Correia, o papel do art. 2.º, n.º 2, do ETAF, conjugado com os arts. 51.º, n.º 1, do ETAF e art. 3.º da LPTA, foi o de "deixar claro que a natureza de ordem pública da competência dos tribunais administrativos (que inclui, por cláusula geral, o conhecimento dos litígios emergentes de contratos administrativos) não impede as convenções de arbitragem no domínio dos contratos administrativos" (cfr. "A Arbitragem"…cit., p. 236.).

20 Sobre o sentido e alcance deste preceito, cfr. Mário Aroso de Almeida, "Sobre o âmbito"…cit., pp. 11 ss.

doença profissional" [n.º 1 alínea *d)*]. No art. 187.º autoriza-se a instalação de centros de arbitragem permanente, destinados à composição de litígios em matéria, não apenas de contratos e responsabilidade civil da Administração, mas também de "funcionalismo público", "sistemas públicos de protecção social" e "urbanismo."

Entretanto, no art. 180.º, n.º 1, do Ante-projecto, relativo aos limites materiais da arbitragem, manteve-se o critério geral já dele anteriormente constante. Aditou-se, por outro lado, de modo expresso, que é possível o recurso à arbitragem para a resolução de litígios respeitantes à "validade de atos administrativos" [n.º 1, alínea *c)*, do art. 180.º]. Se na versão inicial do CPTA se podiam suscitar dúvidas quanto à admissibilidade da arbitragem, com carácter geral, sobre a legalidade dos actos administrativos, as mesmas são agora afastadas de forma inequívoca. Por outro lado, ante a redacção do preceito mencionado, fica por determinar em que medida irá o legislador selecionar, para este efeito, não apenas as matérias como também a proveniência dos actos administrativos a submeter à arbitragem. Recorde-se, por exemplo, que, no ETAF, se reserva à competência do STA a apreciação da legalidade de actos praticados por órgãos superiores do Estado (art. 24.º do ETAF).

Com a entrada em vigor da nova LAV, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, mantém-se preceito idêntico ao anterior art. 1.º, n.º 4, da Lei n.º 31/86 (agora n.º 5 do art. 1.º), remetendo-se a arbitragem administrativa para legislação própria, assim procurando o legislador assegurar a existência de um regime de arbitragem próprio compatível com a especificidade do Direito Administrativo. Nesta legislação própria, que corresponde designadamente aos arts. 180.º ss. do CPTA, o legislador revela-se pouco preciso na explicitação das especificidades da arbitragem Administrativa sobretudo quando, no art. 181.º, repetindo o que já constava na versão inicial do CPTA, dispõe que "[o] tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre arbitragem voluntária, com as devidas adaptações". Nada adiantando sobre o sentido e alcance de tais adaptações, não se define, como se deveria, um modelo arbitral próprio em matéria administrativa.

Nestes termos, os tribunais arbitrais emergem, no Ante-projecto, como instâncias onde se pode dirimir a generalidade dos litígios jurídico-administrativos, praticamente sem quaisquer limitações processuais, que não as que se observam na arbitragem civil.

Discordamos desta opção por, em nossa óptica, haver matérias cujos litígios são arbitráveis e outras que não o são, tornando-se necessário que o legislador deva não só habilitar os tribunais arbitrais a conhecer matérias administrativas, como ainda especificar, em concreto, as que integram essa competência, não o podendo fazer de forma genérica, como se propõe no Ante-projecto.

ii. Breve reflexão sobre o regime do Ante-projecto

ii.1. Necessidade de limites

Como o art. 209.º, n.º 2, da CRP é omisso quanto ao âmbito material da função jurisdicional dos tribunais arbitrais, em sede da jurisdição administrativa [21], pode questionar-se qual o sentido e alcance do preceito, sobretudo quando conjugado com outros, igualmente recebidos no texto constitucional, e incidentes sobre este tipo jurisdicional.

Num primeiro momento, o problema que se coloca é o de saber quais as matérias que, dentro do poder jurisdicional estadual, têm de ser conhecidas pela jurisdição administrativa e quais as que podem ser conhecidas pelos tribunais comuns, o que nos remete para a questão da reserva, dentro do poder jurisdicional estadual, em matéria administrativa, a favor dos tribunais administrativos estaduais.

No art. 213.º, n.º 3, da CRP, define-se (desde a revisão de 1989) a função jurídico-constitucional da jurisdição administrativa e fiscal, prevendo-se que lhe cabe julgar "as acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais".

Não cabendo, aqui, entrar na discussão sobre as várias teses relativas ao sentido e alcance da reserva material de jurisdição a favor de jurisdição administrativa, sempre se dirá, nas palavras de Vieira de Andrade, que o referido preceito consagra, no mínimo, "uma «*garantia institucional*», da qual deriva para o legislador ordinário, tão-somente a obrigação de respeitar o núcleo essencial da organização material das jurisdições (…)", admitindo-se caber "na *liberdade constitutiva própria do poder legislativo*," a "atribuição pontual a outros tribunais do julgamento de questões substancialmente administrativas" [22] [23]. Ponto é que, com tal atribuição, não se proceda à "descaracterização ou desfiguração da jurisdição administrativa, enquanto jurisdição própria ou principal nesta matéria".

Temos, assim, o poder jurisdicional estadual em matéria administrativa repartido por uma jurisdição estadual própria ou principal (jurisdição administrativa) e por tribunais integrados noutras jurisdições estaduais, designadamente a jurisdição estadual civil. Dentro desta jurisdição estadual, reconhece-se

---

21 Cfr. J. Casalta Nabais, Reflexão breve sobre a introdução da arbitragem tributária, *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, *Arbitragem*, CAAD, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 90.

22 Cfr. *Justiça Administrativa,* Lições, 11.ª. ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 92-93.

23 Para Paulo Otero, o art. 212.º, n.º 3, da CRP confere uma reserva material de jurisdição a favor dos tribunais administrativos, excluindo que os restantes tribunais sejam competentes sobre estas matérias, o que impede sob pena de inconstitucionalidade de o legislador conferir a outros tribunais diferentes dos administrativos competência para dirimir os litígios emergentes das relações jurídico administrativas, cfr. *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2.ª reimpressão, 2011, p. 1050.

a existência de uma reserva dos tribunais administrativos estaduais ante os demais tribunais estaduais; reserva que, assim, se aceita não ser absoluta, dispondo o legislador de certa margem para atribuir, a estes, competências em matérias tipicamente administrativas, desde que o faça em respeito pelo núcleo essencial da matéria administrativa.

Entrando agora no segundo momento, importa equacionar quais e em que circunstâncias podem ser apreciadas pelos tribunais arbitrais matérias que integram a jurisdição estadual administrativa.

A evolução legislativa atrás mencionada, se bem que exposta em termos concisos, revela que desde cedo se admitiu a arbitragem em matéria administrativa, ainda que sempre se tenha entendido[24], ser, para tanto, necessária habilitação legal expressa, dada a natureza de ordem pública da definição da competência dos tribunais administrativos, bem como o princípio da legalidade.

Cabe, pois, perguntar se o legislador tem a faculdade de relegar os litígios jurídico-administrativos para a arbitragem sem qualquer limite, o que nos leva a averiguar se existem matérias que são da reserva estadual, integrem-se estas ou não nas especialmente cometidas aos tribunais administrativos.

Dado existir, dentro do universo estadual, repartição de competências entre os tribunais judiciais e os tribunais administrativos, dir-se-ia que tal repartição não pode considerar-se irrelevante quando se põe o problema de saber que matérias podem ser cometidas aos tribunais arbitrais, por duas ordens de razões.

Em primeiro lugar, na medida em que, a Constituição manifestou preocupação em que determinadas matérias apenas pudessem ser conhecidas, dentro do domínio dos tribunais estaduais, por tribunais administrativos (art. 213.º, n.º 3, da CRP), afigurar-se-ia que, por maioria de razão, se imporia que tais preocupações relevassem quanto aos tribunais arbitrais [25]. Na verdade, se por opção constitucional, o nosso sistema estadual de justiça se caracteriza pela dualidade de regimes com uma ordem de tribunais próprios para a resolução de conflitos privados e outra, autónoma, para a resolução de conflitos jurídico administrativos, dada a especificidade destes, dir-se-ia que, por princípio e por maioria de razão, a reserva material cometida aos tribunais administrativos, dentro da reserva estadual, valeria em relação à arbitragem, tanto mais que esta tende a ser uma jurisdição mais flexível e liberal que a dos tribunais judiciais estaduais.

---

[24] Neste sentido, Pedro Gonçalves sustenta que "(…) a submissão a árbitros continua a ser, para o Estado e as demais entidades públicas, uma *competência legal* e não uma faculdade própria, que exista à margem de expressa autorização legal" (cfr. *Entidades Privadas*…cit., pp. 574. ss.).

[25] Quando a LC n.º 1/89 veio criar a reserva de jurisdição para os tribunais administrativos (art. 214.º, n.º3, da CRP, actual) o legislador constituinte de revisão não pôde deixar de ter presente as raízes profundas da arbitragem em matéria administrativa, consubstanciadas quer em legislação avulsa quer nos diplomas mencionados e, sobretudo, os termos amplos em que o art. 211.º, n.º 2, da CRP, admitia os tribunais arbitrais na organização dos tribunais estaduais.

Estando, em segundo lugar, em ambos os casos, em causa, o exercício de actividades jurisdicionais, por verdadeiros tribunais, afigurar-se-ia contraditório que o legislador retirasse matérias administrativas que, tradicionalmente, são cometidas aos tribunais comuns, da competência destes, com o argumento de fazer regressar essas matérias à jurisdição que lhe é própria, e, ao mesmo tempo, pudesse, sem quaisquer limitações, remeter, de plano, para os tribunais arbitrais a resolução de todos os litígios jurídico-administrativos, esvaziando a mencionada reserva constitucional.

Estes argumentos, no sentido de que as matérias que integram a competência exclusiva dos tribunais administrativos não deverão ser também arbitráveis, revelar-se-iam procedentes caso a repartição de competências entre os tribunais administrativos e os comuns tivesse obedecido a critério nos termos do qual aos primeiros ficasse reservado, com carácter exclusivo, o conhecimento de matérias integrantes do núcleo essencial do domínio administrativo. O que não acontece.

Na verdade, com a reforma de 2004, esvaneceu-se a tradicional dicotomia entre contencioso administrativo por natureza (que pressupunha uma Administração autoritária) e o contencioso por atribuição (reservado para os litígios em que a Administração actuava segundo o direito privado).

Por outro lado, é sabido que são diversos os fundamentos que têm presidido à transferência, para os tribunais civis, de matéria da jurisdição administrativa, sem que os mesmos tenham necessariamente a ver sequer com o respeito pelo núcleo essencial da actividade administrativa [26].

Na medida em que aquela distribuição de competências tem sido feita tomando em consideração outras razões, que não as estritamente relacionadas com a natureza essencial das matérias administrativas, não é essa repartição, que toma por referência a essência das matérias administrativas, sobreponível à repartição entre as matérias susceptíveis de serem conhecidas pelos tribunais arbitrais e as reservadas aos tribunais estaduais. Não deve ficar, por isso, excluída a possibilidade de se revelarem arbitráveis litígios em que estejam em causa matérias incluídas no âmbito das competências constitucional e legalmente atribuídas aos tribunais administrativos [27], desde que não contendentes com o referido núcleo essencial.

Em síntese, dadas estas razões, não sustentamos que se retire da Constituição que todas as matérias que são da exclusiva competência dos tribunais administrativos, ante os tribunais civis, não sejam passíveis de arbitragem, tal como não advogamos que todas as matérias administrativas jul-

---

[26] Cfr. Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa*…cit., pp.89 ss. Fernanda Maçãs, "O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, 2006, pp. 33 ss.

[27] Afastando a existência de uma «reserva de jurisdição estatal, para julgar a Administração Pública», o que é, aliás, realçado pela crescente disponibilidade da Administração para submeter os litígios em que é parte aos tribunais arbitrais, cfr. Paulo Otero, *ob. cit.*, p. 1057.

gadas pelos tribunais civis sejam arbitráveis[28]. Caso paradigmático é, a este propósito, a matéria das contra-ordenações que, embora consubstanciando a aplicação de uma sanção de natureza administrativa, aplicada no âmbito de um procedimento administrativo, tem sido tradicionalmente remetida para a jurisdição comum. Temos fundadas dúvidas de que a lei possa autorizar a Administração a relegar para a decisão de árbitros escolhidos pelas partes a resolução de litígios a propósito da aplicação de coimas.

Opondo-se, a arbitragem (que é de origem convencional e natureza privada), à justiça estadual (que é institucional e pública), e, não valendo como critério para a definição do âmbito material da arbitragem em sede administrativa a repartição legal de competências actualmente existente entre os tribunais administrativos e os tribunais comuns, dever-se-á questionar em que medida poderá a lei autorizar a Administração a dispor livremente, em convenção de arbitragem, sobre o exercício das suas competências e poderes, como se fosse um privado. Dito por outras palavras, sendo o regime e o âmbito do poder de julgar dos tribunais arbitrais determinado pela vontade das partes, questiona-se em que medida poderá a Administração escolher livremente os tribunais que a controlam.

A resposta há-de resultar de diversas disposições constitucionais a este propósito pertinentes, impondo-se destacar, desde logo, as que se referem à subordinação da administração à lei e ao seu controlo, que inclui, quer o jurisdicional (efectivado por tribunais especiais), quer o levado a cabo pelos cidadãos, ao nível da transparência, da publicidade e da responsabilização pelo gasto dos dinheiros públicos; controlo que não é feito, nos mesmos termos, na jurisdição estadual e na arbitral, por serem diferentes as regras a observar, tal como consignado na Lei da Arbitragem Voluntária.

A subordinação da Administração à lei constitui um dos principais traços do modelo constitucional, sendo que a Administração não está subordinada à lei como qualquer particular, mas sim com vista à prossecução do interesse público, que muitas vezes tem de prevalecer em concreto perante os interesses dos particulares.

A Administração não prossegue, assim, interesses que lhe sejam privativos, mas interesses que lhe são heteronomamente cometidos pela lei, só podendo agir como e até onde esta a autorize, sem espaços para actuação fora da lei e do direito. O que significa que não vale, para a Administração, o conceito de disponibilidade [29], nos mesmos termos que é utilizado no direito

---

[28] Até à reforma de 2004, a arbitragem no direito administrativo assentava na tradicional dicotomia direito privado/direito público, estando fora da arbitragem os litígios suscitados no âmbito do direito administrativo de autoridade, situação que sofreu profunda alteração com o CPTA a admitir-se a entrada da arbitragem mesmo no direito administrativo de autoridade.

[29] Segundo Mário Aroso de Almeida, mesmo em matéria de contratos e de responsabilidade civil extra-contratual, não se pode dizer que estes sejam para a Administração domínios de disponibilidade em que esta goze de uma autonomia em tudo semelhante à dos privados. Para maiores desenvolvimentos sobre a inidoneidade do critério da disponibilidade para determinar a arbitrabilidade no direito administrativo, cfr. "Sobre o âmbito"…cit., pp. 15 ss. e

civil, onde o titular do direito é livre de o exercer ou não exercer, bem como de sobre ele realizar transacção, na medida em que está em causa um direito seu, salvaguardando-se apenas as matérias que a lei qualifique como indisponíveis. O que não sucede com a Administração, mesmo no uso de poderes discricionários, gestora que é, sempre, de interesses que lhe são alheios — interesses públicos.

Por outro lado, ainda que, quando, nos termos legais, a prossecução do interesse público se faça com recurso aos mecanismos do direito privado, não se pode afirmar que as entidades públicas se encontram colocadas em posição semelhante à dos privados. A fuga para o direito privado "não pode ter por efeito a fuga às garantias constitucionais dos cidadãos contra a Administração, nomeadamente o respeito dos direitos fundamentais", princípios jurídicos fundamentais e outras vinculações públicas, que impedem a subordinação a um direito privado puro [30].

Além do mais, ainda que o legislador possa, em determinadas matérias, reconhecer, à Administração, a escolha do direito disciplinador da sua actividade, tal opção não significa a automática possibilidade da resolução desse tipo de conflito por tribunais que não os administrativos, sendo, nesse sentido, significativo, aliás, o movimento de diminuição da tradicional correspondência entre escolha do direito privado pela Administração e controlo pelos tribunais comuns [31], operado com a reforma do CPTA e alteração do ETAF [32].

Em suma, para não colidir com qualquer dos parâmetros *intra-constitucionais*, a lei reguladora da arbitragem, em concretização da previsão *constitucional* da possibilidade de serem criados tribunais arbitrais, deverá obedecer a critérios que não tornem, o modelo que adopte, ofensivo do gizado pela mesma *Constituição* para o exercício da actividade administrativa e o seu controlo, por exigências, designadamente, do princípio da separação de poderes.

Finalmente, importa sublinhar que a subordinação à lei visa, ainda, garantir os direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados, o que exige e justifica também que o controlo jurisdicional dessa subordinação seja especial, no sentido, designadamente, de garantir aos particulares, enquanto partes na acção, um vasto conjunto de garantias jurisdicionais (o direito à tutela judicial efectiva), o que não pode ser esquecido quando se pondera sobre a possibilidade de matérias da jurisdição estadual serem conhecidas em jurisdição arbitral.

Pedro Gonçalves, "Administração Pública e arbitragem — em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais", *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, 2013, p.784, nota (21).

30 Assim se explica o aparecimento do conceito de "direito privado administrativo" para significar um "direito privado com elementos publicísticos", cfr. Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 283 ss.

31 Para maiores desenvolvimentos, cfr. Paulo Otero, *ob. cit.*, pp. 1054 ss.

32 Cfr. designadamente o art. 4.º, alíneas *e)* e *f)*.

ii.2. Dificuldade em definir critérios e proposta de solução

Verificado, no ponto anterior, que o legislador goza de margem de liberdade para confiar aos tribunais arbitrais a resolução de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas, a dificuldade reside em encontrar um critério único definidor dos limites entre o que pode ou não ser relegado para a arbitragem, afastados que estão os critérios como: *i)* o argumento da equiparação entre "indisponibilidade dos direitos" e "validade" [33]; *ii)* o entendimentos segundo o qual os tribunais arbitrais não podem pronunciar-se, a título principal, sobre questões de validade de actos administrativos [34]; *iii)* e a imprestabilidade da tendencial equiparação entre a disponibilidade e a discricionariedade [35].

Finalmente, também não serve esse objectivo o critério da arbitrabilidade actualmente introduzido pela LAV, que abandonou o critério-base dos "direitos disponíveis" das partes, substituindo-o pelo da "patrimonialidade dos interesses" envolvidos, independentemente de se tratar ou não de interesses de carácter disponível (n.º 1 do art. 1.º). Quanto aos litígios sobre interesses de natureza não patrimonial, refere-se, no n.º 2, do mesmo preceito, serem também aqueles susceptíveis de ser submetidos à arbitragem se o direito controvertido puder ser objecto de "transacção entre as partes".

Se a alteração inserida pode ajudar a ultrapassar as dificuldades de aplicação associadas ao critério da disponibilidade do direito como fundamento da arbitrabilidade dos litígios privados, o mesmo não se passa com a introdução do conceito de transaccionabilidade, dado que a transação só pode ter lugar em domínios em que as partes tenham, precisamente, na sua disponibilidade, os direitos e obrigações controvertidos, o que impediria a admissibilidade da arbitragem sobre a legalidade dos actos administrativos. Daí desde logo a sua imprestabilidade para, no momento actual de evolução legislativa, servir para delimitar o âmbito da arbitragem em matéria administrativa[36].

A dificuldade em encontrar um critério adequado à delimitação dos litígios susceptíveis de arbitragem administrativa não impede, porém, que se adiante que a base do mesmo há-de assentar sempre na preservação de fundadas razões de interesse público e na necessidade de garantir outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, incluindo-se, em especial, o direito à tutela judicial efectiva.

---

33 Em princípio, desde o art. 2.º, n.º 2, do ETAF que os tribunais arbitrais podem apreciar questões de validade dos contratos, cfr. Sérvulo Correia, "A Arbitragem"…cit., pp. 248 ss.

34 Entendimento completamente ultrapassado com a reforma de 2004, cfr. Mário Aroso de Almeida, "Sobre o âmbito"…cit., pp. 22 ss., e, mais recentemente, com a lei sobre a arbitragem no domínio do Direito Fiscal (Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro).

35 Cfr. Mário Aroso de Almeida, "Sobre o âmbito de matérias"…cit., pp. 20 ss.

36 Para Mário Esteves de Oliveira, e Outros, recupera-se, desta forma "o conceito de *(in) disponibilidade* do art. 1.º da LAV de 1986", embora como "critério secundário da (in)arbitrabilidade de litígios. Para maiores desenvolvimentos, cfr. *ob. cit.*, pp. 44/54.

De acordo com esta orientação, torna-se possível identificar algumas matérias necessariamente não arbitráveis e outras que o poderão ser.

Entre as primeiras, figurarão, designadamente, as relativas à legalidade dos actos administrativos praticados pela Administração, quando actue no exercício de poderes de autoridade em determinados assuntos (designadamente quando se trate de matéria sancionatória [37], incluindo a aplicação de sanções disciplinares), bem como em matéria de direitos dos trabalhadores (direitos estatutários); em áreas de actuação discricionária [38] relacionada com a avaliação das pessoas, concursos, avaliação de provas; no âmbito de relações jurídico-poligonais, em que haja necessidade de tutela de contra-interessados [39]; em sede de tutela de direitos, liberdades e garantias (em especial de natureza pessoal e política); ao nível da apreciação da legalidade de normas e de apreciação da legalidade de actos praticados por órgãos superiores do Estado.

Embora em matérias relacionadas com o ambiente e o urbanismo se faça sentir a necessidade de protecção de contra-interessados, o que pode dificultar o recurso à arbitragem, a verdade é que essa característica não se fará sentir com igual premência em todo o tipo de matérias aí incluídas, designadamente quando seja usado o contrato administrativo (por exemplo, no caso dos contratos ambientais).

Por outro lado, entendemos que a arbitragem se pode abrir a novos conteúdos, como os da regulação. A progressiva diluição do princípio da legalidade, acompanhada da proliferação de mecanismos consensuais, com predomínio do uso do direito administrativo privado, vem, assim, dar mais espaço para uma nova legitimidade interventiva deste meio alternativo de resolução de litígios, o que é possível e desejável explorar.

A amplitude do art. 180.º do Ante-projecto afigura-se, contudo, problemática, na medida em que se mantém, no art. 182.º, a regra segundo a qual "[o] interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no art. 180.º pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral", ainda que agora nos termos de lei especial, que regulará os casos e termos da celebração do referido compromisso. Esta previsão manifesta a preocupação do legislador em assegurar que a Administração não fique vinculada a ser parte em arbitragens em todo o tipo de litígios, o que se compreende. Não é claro, porém, que a solução adoptada represente a melhor resposta para o problema, na medida em que se afigura não assegu-

---

37 Cfr. Joaquín Tornos Mas, " El arbitraje de Derecho Administrativo en el Derecho Español. Principais Problemas y Últimas Novedades", *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, CAAD, Wolters Kluerw, Coimbra Editora, 2010, p. 199.

38 Com isto não pretendemos concluir que partilhemos da ideia de que toda a matéria discricionária seja insusceptível de apreciação pelos tribunais arbitrais. No sentido de em princípio não ser admissível atribuir a árbitros poderes de decisão no domínio do exercício de poderes discricionários da Administração, cfr. Mário Aroso de Almeida, "Sobre o âmbito"…cit., p. 21.

39 Matéria excepcionada no n.º 2 do art. 180.º do Ante-projecto.

rar o respeito pelo princípio da igualdade a que a Administração se encontra vinculada. Cremos que a solução adequada se deveria, porventura, situar a montante restringindo os casos de arbitrabilidade, sendo, quanto a esses, sempre a arbitragem obrigatória para a Administração [40], em respeito pelo princípio da igualdade.

Torna-se, quanto a nós, essencial respeitar e valorizar duas dimensões essenciais: o núcleo reservado de matérias administrativas e o espírito essencial norteador da arbitragem. O que significa que só não poderão ser levadas para a arbitragem matérias que são típicas da jurisdição administrativa, ainda que cometidas à jurisdição comum, mas que, por outro lado, as regras da arbitragem não podem ser tão rigidificadas que a levem a perder a flexibilidade e a maior liberdade, face à jurisdição estadual, que lhe são próprias, como veremos a seguir.

B.2.1.2. *Quanto às regras processuais*

Entrando agora no segundo aspecto, afigura-se não caber na liberdade conformadora do legislador, à luz do quadro constitucional atrás referido, autorizar a Administração a recorrer à arbitragem como se fosse um qualquer particular, remetendo, quase de plano, a resolução dos litígios jurídico administrativos para a Lei Geral da Arbitragem, como acontece de acordo com o disposto no art. 181.º do Ante-projecto quando dele se retira, repete-se, que "O tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre arbitragem voluntária, com as devidas adaptações".

Em nossa óptica, trata-se de uma remissão quase em branco, na medida em que não se sabe que adaptações são essas, o que não é compatível com o facto de, mesmo nas áreas em que tradicionalmente é admitida a arbitragem de litígios administrativos (contratos administrativos e responsabilidade extracontratual) ser questionável que a Administração Pública se equipare a um particular, sem ter de respeitar determinadas vinculações públicas relacionadas com exigências de transparência e *accountability*, no gasto dos dinheiros públicos, bem como com o respeito pelos princípios da imparcialidade e igualdade [41].

Relativamente às regras da arbitragem, a observar nos litígios que sejam arbitráveis, tomando por referência as normas que regem a arbitragem voluntária, distinguem-se regras da arbitragem que se poderão sempre aplicar na arbitragem administrativa, regras que nunca se poderão aplicar e regras que se poderão aplicar em alguns litígios administrativos, mas não noutros.

---

40 A arbitragem deve ser facultativa para os particulares, mas obrigatória para a Administração Juan Rosa Moreno, "El Arbitrage en el Derecho Administrativo Español", *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*… cit, p. 189.

41 Neste sentido, cfr. Isabel Celeste Fonseca, "A arbitragem administrativa:uma realidade com futuro?", *Arbitragem Administrativa e Tributária*…cit., pp. 65 ss.

i. Regras da arbitragem civil sempre aplicáveis

• Liberdade das partes quanto à escolha dos árbitros e do procedimento

Constituindo, a natureza convencional, a essência da arbitragem, tal característica implica, sob pena de desconfiguração da mesma, que às partes seja reconhecida pelo menos autonomia, quer na escolha dos árbitros, quer das regras do processo, medidas que, aliando a possibilidade de escolha de árbitros especializados nas matérias em causa à possibilidade de escolha de regras mais simples e flexíveis, conjugadamente contribuem para a celeridade da resolução dos litígios.

Assim sendo, também na arbitragem administrativa será, quanto ao primeiro aspecto, de aceitar a derrogação do princípio do juiz natural, mas com especiais cautelas, quanto à selecção dos árbitros susceptíveis de designação pelas partes, devendo haver regras rigorosas nesta matéria (existência de uma lista pública, seleccionada de acordo com critérios de idoneidade técnica, imparcialidade, independência, etc.) [42], bem como regras sobre impedimentos e honorários. Não bastará, por outro lado, afirmar legalmente estes princípios, tornando-se necessário assegurar um sistema de controlo directo dos eventuais conflitos de interesses, através da instituição de um conselho deontológico, supervisionado pelo CSTAF, por exemplo.

Por outro lado, no que respeita ao segundo aspecto, afigura-se, sob pena de retirar a eficácia à arbitragem, ser de conceder a possibilidade de as partes na convenção arbitral adoptarem o procedimento que se afigure o mais adequado, não tendo de obedecer à forma processual mais rígida a que estão sujeitas, as partes, nos tribunais administrativos ou nos tribunais civis.

ii. Regras da arbitragem civil não aplicáveis

• A confidencialidade

Uma das principais vantagens apontadas aos meios extra-judiciais de resolução de litígios reside na confidencialidade, em especial no caso da arbitragem. Se é verdade que, em determinadas matérias, que se prendam, por exemplo, com negociações comerciais, o princípio ganha acuidade, no direito administrativo este princípio não pode ser entendido de forma absoluta. A confidencialidade não pode ter o mesmo alcance e extensão quando estão em causa litígios que têm subjacente a realização do interesse público e o gasto de dinheiros públicos, matérias que têm de ser tratadas nos limites impostos pela legalidade. Torna-se necessário assegurar, tanto quanto possível, a transparência do procedimento, bem como a publicitação do resultado da negociação, como forma de permitir o seu controlo pela comunidade.

---

[42] Neste sentido, cfr. os arts. 7.º a 9.º do Decreto-Lei n.º 10/2011.

Aplaude-se, desta forma, a solução do Ante-projecto quando consagra, no art. 186.º-A, que as decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas. No entanto, afigura-se que se devia ir mais longe, assegurando a publicidade mais cedo, na medida em que o trânsito em julgado pode demorar.

• A ausência de recurso

De acordo com o disposto no art. 39.º, n.º4, da LAV, a sentença em que haja pronúncia sobre o fundo da causa ou que, de alguma forma, ponha termo ao processo arbitral só é susceptível de recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem [43] e desde que o litígio não haja sido decidido segundo a equidade.

O que significa que, na arbitragem civil, está na disponibilidade das partes prescindir ou não do direito ao recurso, sendo que, em caso de silêncio, não estando prevista a possibilidade de recurso na convenção arbitral, se presume a renúncia daquelas ao mesmo.

Na arbitragem administrativa, ainda que se admita tratar-se de um direito renunciável para o particular, temos dúvidas que assim seja para a Administração, pelo menos em todos os casos [44].

Sem prejuízo de se aceitar que a celeridade que se procura na arbitragem é, em grande parte, obtida à custa da regra do afastamento dos recursos, como princípio, afigurar-se-ia mais adequado manter, para a arbitragem administrativa, a solução que, anteriormente, vigorava para a arbitragem civil, nos termos da qual, a regra era a da recorribilidade, salvo convenção em contrário das partes. Esta solução salvaguardaria melhor a posição da Administração Pública, sobretudo em situações de estrita legalidade.

Por outro lado, impõe-se igualmente regular as instâncias de recurso, uma vez que, aplicando a LAV, não está excluído o recurso de revista para o STA (cfr. o art. 59.º, n.os 2 e 8), o que, sobretudo em matéria de providências cautelares, que se iniciem nos tribunais de primeira instância, se afigura pouco compaginável com a celeridade que se pretende imprimir à arbitragem.

Questão importante, que também não se acautela no Ante-projecto, diz respeito à previsível coexistência de decisões diferentes e contraditórias sobre

---

43 Para o Tribunal Constitucional "(…) é admissível que o direito de recurso, para os tribunais comuns, das decisões proferidas pelos tribunais arbitrais possa ser mais intensamente restringido e até mesmo alvo de supressão" (cfr. o Acórdão n.º 256/2012, de 23/5/2012).

44 Segundo Pedro Gonçalves, não há nenhuma razão para se "impor" à Administração o recurso de sentenças arbitrais, mesmo que se trate de sentenças que se pronunciem sobre questões de legalidade. Para este Autor, "A arbitragem como um verdadeiro e real sistema jurisdicional alternativo de resolução de litígios só se compreende na sua inteireza se e quando a possibilidade de "renúncia aos tribunais do Estado" incluir a possibilidade de renúncia aos recursos ou o princípio da irrecorribilidade. Há entre estes dois aspectos uma sequência natural e lógica da primeira" (cfr. "Administração Pública e arbitragem"…cit., pp. 793 a 795).

aplicação das mesmas normas, uma vez que não se prevê qualquer salvaguarda ou mecanismo de uniformização [45], em garantia da unidade do sistema, o que nos parece ser um aspecto sobre que importaria ponderar.

Finalmente, dado que, contrariamente ao que acontece nos tribunais estaduais, o Ministério Público não se encontra representado nos tribunais arbitrais, impunha-se regular a forma de assegurar que este possa exercer as competências que sobre si impendem, designadamente no que diz respeito à interposição obrigatória de recurso para o Tribunal Constitucional [46].

iii. Regras da arbitragem civil eventualmente aplicáveis

• Escolha do procedimento

Na arbitragem civil, as partes gozam da possibilidade de livre conformação do processo, podendo escolher o processo e as regras do mesmo em termos muito amplos.

Na arbitragem administrativa, haverá casos em que esta amplitude deve ser mantida, podendo ser seguido o regime geral com pequenas alterações (contratos, responsabilidade civil e relações jurídicas patrimoniais) e outros em que se impõe que essa amplitude deva ser restringida, cabendo à lei proceder a essa diferenciação, enunciando, expressamente, os termos da restrição, mediante o estabelecimento de regras especiais (directamente ou por remissão), à semelhança do que já acontece no âmbito da arbitragem tributária.

• Escolha do critério decisório (equidade ou não)

Segundo o disposto no art. 39.º, n.º 1, da LAV os árbitros "julgam segundo o direito constituído, a menos que (…) as partes determinem, por acordo, que julguem segundo a equidade." O que significa que os árbitros julgam segundo a equidade quando assim estiver expressamente estipulado na convenção ou em acordo posterior a ela (art. 39.º, n.º 2, da LAV), entendendo-se que, se nada se dispuser nesse sentido, o julgamento deverá decorrer por referência ao direito constituído.

Sem entrarmos aqui na análise das virtualidades da equidade e aceitando, embora, que a mesma não implica um juízo arbitrário, antes exigindo o respeito por princípios e valores inerentes ao Direito, sempre se dirá que, estando em

---

45 Segundo o art. 25.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, "A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é ainda susceptível de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com o acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo", seguindo o regime do recurso para uniformização de jurisprudência, regulado no art.152.º do CPTA (n.º 3 do mesmo preceito).

46 Mais uma vez esta questão encontra guarida no art. 55.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10/2011.

causa a apreciação de litígios em que se fiscaliza a legalidade da actuação administrativa, os tribunais arbitrais deverão resolver os litígios jurídico-administrativos em conformidade com as regras e princípios jurídicos (direito constituído), estando afastada a equidade[47], salvo os casos previstos na lei, designadamente em matéria de responsabilidade civil (art. 566.º, n.º 2, do Código Civil) e no domínio dos contratos públicos (art. 314.º, n.º 2, do CCP). Por outro lado, noutros tipos de matérias, onde tal se afigure plausível (contratos, responsabilidade civil, litígios de natureza patrimonial, etc.), deverá ser a lei a estabelecer os casos em que os tribunais arbitrais podem julgar segundo a equidade, sendo certo que o julgamento segundo a equidade acarreta limitações quanto à fundamentação das sentenças, bem como quanto à sua recorribilidade ou impugnabilidade.

iv. Outras regras específicas da arbitragem administrativa

Considera-se, ainda, que a celebração, em concreto, da convenção arbitral, deve ser autorizada por despacho conjunto do Ministro da respectiva pasta e das Finanças, de modo a incluir a possibilidade da transação, bem como os termos e limites desta, como forma de controlo dos gastos públicos. Por outro lado, deve ser regulada a possibilidade de adopção de medidas cautelares e o respectivo regime, tendo em conta as especificidades do regime na acção principal.

C. CONCLUSÃO

Pelas razões apontadas, afigura-se que a lei de arbitragem civil, podendo, embora, representar base do regime regulador da arbitragem no âmbito dos litígios jurídico-administrativos, carece, para, em perfeição, se adequar à especificidade das matérias em causa, de ser trabalhada, em ordem a introduzir as adaptações impostas pelo art. 181.º, n.º 1, do CPTA. Afigura-se conveniente que os aspectos essenciais desta adaptação sejam feitos pela via legal, de modo a criar uma base de regime que ofereça uma uniformidade indispensável.

Torna-se, assim, necessário estabelecer o quadro jurídico adequado às especificidades da arbitragem administrativa, tendo em conta dois aspectos diferentes: a natureza dos litígios susceptíveis de ser submetidos à arbitragem, por um lado, e, por outro, o regime jurídico da arbitragem a ser respeitado para resolução desses litígios.

---

[47] Neste sentido, cfr., entre outros, Mário Aroso de Almeida, "Sobre o âmbito"…cit., p. 12. Quanto às relações entre a equidade e o direito, cfr., entre outros, Diogo Freitas do Amaral/Outros, *Aspectos Jurídicos da Empreitada de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 33 ss. Note-se que é a solução acolhida na arbitragem fiscal no art. 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10/2011.No mesmo sentido, cfr., entre outros, Pedro Gonçalves, "Administração Pública e arbitragem"…cit., p. 792.

O objectivo, a nosso ver, será o de alcançar, tanto a valorização da arbitragem, como das matérias administrativas, o que significa que se a arbitragem não pode ser um parente pobre "do sistema de resolução de litígios que envolvam a Administração pública" [48], tem de ser um parente legítimo.

Impõe-se, assim, por um lado, valorizar a arbitragem administrativa, realçando-se as suas vantagens, em conformidade com o quadro constitucional vigente e, por outro lado, valorizar-se igualmente a justiça estadual administrativa, dotando-a dos meios necessários para ser capaz de responder, em tempo útil, às pretensões de tutela jurisdicional que lhe são dirigidas, sob pena de o recurso à arbitragem se tornar uma via necessária para os utentes do sistema estadual de justiça[49], por ineficiência deste, perdendo a arbitragem, na prática, o seu pendor alternativo.

Quanto a nós, o que não é admissível, é acentuar a necessidade de fuga para a arbitragem porque a Justiça estadual seja ineficiente. O Estado não deve desistir da justiça estadual; dado constituir esta uma obrigação constitucional, deve, diferentemente, criar condições que garantam o seu eficaz funcionamento.

Numa perspectiva global, dir-se-ia que se impõe criar condições que assegurem o funcionamento dos dois modelos de fazer justiça, em harmonia, não em antagonismo, sendo certo que estes se entrelaçam, pois mesmo quando haja recurso à arbitragem há lugar à simultânea intervenção da justiça pública, designadamente ao nível da impugnação das sentenças[50], dos recursos das sentenças arbitrais (quando os houver), da execução das sentenças[51] e em sede de prova[52].

Tudo o que implica que sejam criadas condições que garantam que a justiça arbitral funcione com garantias de transparência e independência, de forma que os cidadãos a encarem como modo tão legítimo de resolução de litígios como o modelo de justiça estadual. O que temos de encontrar é o espaço óptimo, quer para um modelo, quer para outro, explorando as potencialidades de ambas as formas de fazer justiça. Cremos que o problema só de forma conjunta pode ser perspectivado: o ponto nuclear a sublinhar é um só — valorizar a justiça administrativa, seja ela prestada a nível estadual ou a nível arbitral.

---

48 Cfr. Pedro Gonçalves, "Administração Pública e arbitragem"…cit, p. 795.

49 "A escolha da arbitragem não tem que significar uma obrigação de renúncia ao direito fundamental de acesso aos tribunais permanentes do Estado" (cfr. Isabel Celeste Fonseca, "A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?", *A Arbitragem Administrativa*…cit., p. 65).

50 O art. 46.º da LAV regula a impugnação das sentenças arbitrais perante os tribunais estaduais.

51 O art. 47. da LAV regula a execução das sentenças arbitrais perante os tribunais estaduais.

52 Segundo o n.º 1 do art. 38.º da LAV, "Quando a prova a produzir dependa da vontade de uma das partes ou de terceiros e estes recusem a sua colaboração, uma parte, com a prévia autorização do tribunal arbitral, pode solicitar ao tribunal estadual competente que a prova seja produzida perante ele, sendo os seus resultados remetidos ao tribunal arbitral."