



■ Sara Blanco de Morais

Advogada¹

A arbitragem e as autarquias locais

Alguns aspetos a aprofundar



■ Nuno Pimentel Gomes

Advogado²

1. Introdução

É inegável o interesse, ou mesmo, o fascínio, que a arbitragem, enquanto forma de resolução alternativa de litígios³, tem despertado em certos setores da sociedade portuguesa em Portugal, especialmente, nas últimas duas décadas. Poderá, assim e eventualmente, concluir-se que tal terá que ver com um conjunto variado de fatores, quer intrínsecos, quer extrínsecos, à própria natureza da arbitragem; sendo uns, passíveis de replicação em litígios emergentes de relações de Direito Administrativo, enquanto outros, não, por que decorrentes das limitações próprias do Direito Administrativo. Assumimos, a título meramente académico, que a recente apetência pela arbitragem possa decorrer, pelo menos em parte, do elevado número de processos pendentes nos tribunais do Estado⁴, cuja dimensão é dificilmente compatível com a garantia do acesso à justiça, por forma a assegurar aos cidadãos a tutela jurisdicional plena e efetiva dos seus direitos e interesses legalmente protegidos; além

do mais, é inegável o contributo que a comunidade arbitral portuguesa deu nesse sentido, ao qualificar-se, renovar-se e manter-se atualizada e empenhada, permitindo imprimir um cunho deveras positivo e diferenciador à arbitragem. Não sendo certamente indiferente a essa mudança de paradigma, no que respeita ao comprometimento em árbitros, compreende-se a tendência manifestada pelo Direito Administrativo, em trazer, cada vez mais, para o seu campo de atuação essa mesma forma de resolução de litígios, evidenciada, em momentos mais recentes, na admissibilidade e no eventual alargamento do âmbito da arbitragem à apreciação da legalidade de atos administrativos, domínio que tradicionalmente era da competência dos tribunais do Estado. De igual modo, a aguardada revisão do contencioso administrativo⁵, atualmente em curso, mediante a qual se prevê a introdução de novidades relativamente à arbitragem no Direito Administrativo, permitirá trilhar esse caminho.

Contudo, importa ressaltar, que quando falamos de arbitragem,

se subentende, em grande parte, a resolução de litígios que emergem de relações contratuais comerciais, a maior parte das vezes bilaterais, pressuposto esse que diverge do âmbito dos litígios emergentes de relações de Direito Administrativo, dos quais nos iremos agora ocupar⁶.

Se, por um lado, já foram detetados obstáculos⁷ na arbitragem referente a matérias de Direito Administrativo, por outro lado, também já foi antecipada a existência de vantagens⁸. Todavia, será que sopesando os diferentes entendimentos, poderá antever-se na arbitragem em matérias de Direito Administrativo e com especial enfoque nos litígios entre os cidadãos e as autarquias locais uma forma de resolução alternativa de litígios? E, em caso afirmativo, atendendo às inerentes especificidades, poderá antecipar-se a mesma como efetiva, tendo por base o quadro atual ou outro a constituir a breve trecho?

Colocando o enfoque no tema do presente artigo será a arbitragem "aquilo" que os cidadãos necessitam para dirimir atuais ou futuros

litígios com a Administração Local, com especial incidência em duas áreas distintas, como é o caso da contratação pública e do urbanismo?⁹

2. Âmbito de aplicação da arbitragem em matéria de direito administrativo

Antes de nos debruçarmos sobre o escopo da possível incursão da arbitragem em matérias de contratação pública ou de urbanismo, junto da Administração Local, importa balizar o âmbito de aplicação dos referidos litígios que, em matéria de Direito Administrativo, são suscetíveis de serem dirimidos com recurso à arbitragem, sem perder de vista a revisão do contencioso administrativo que se encontra em marcha e invocando-a quando tal seja necessário.

A consagração do âmbito objetivo da arbitrabilidade em matéria de Direito Administrativo decorre diretamente do artigo 209.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP), que prevê a criação de tribunais arbitrais, a par dos tribunais do Estado e nos quais, os árbitros exercem um poder jurisdicional em tudo semelhante àquele que exercem os juizes nos tribunais estaduais.

Longe vai o tempo da querela, quer doutrinária, quer jurisprudencial, comumente empregue para justificar (ou recusar) a admissibilidade da arbitragem¹⁰, tendo o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), passado a constituir a lei especial habilitante da arbitragem administrativa, exigida pela Lei de Arbitragem Voluntária (LAV).

Tomando como referência o CPTA decorrente da reforma do contencioso de 2002, resulta do disposto no seu artigo 180.º, n.º 1, sem prejuízo do previsto em lei especial, verifica-se que as matérias a que se referem os litígios que podem ser sujeitos a arbitragem. Está as-

sim consagrada a possibilidade de serem dirimidas questões relativas a contratos, incluindo a apreciação de atos administrativos relativos à respetiva execução (*cf.* alínea a); responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso (*cf.* alínea b); atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva (*cf.* alínea c), e litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional (*cf.* alínea d).

Numa breve análise, a Administração Pública pode comprometer-se perante árbitros relativamente a direitos e obrigações disponíveis¹¹, relacionados com litígios de natureza jurídico-administrativa respeitantes a questões de responsabilidade civil da administração ou relativas à interpretação, validade ou execução de contratos administrativos, onde apenas se discutem questões em relação às quais se entende que não envolvem o exercício de poderes de autoridade da Administração Pública. Está, contudo, vedada a sujeição a arbitragem questões em que existam contra-interessados, exceto se aceitarem o compromisso arbitral (*cf.* artigo 180.º, n.º 2 do CPTA), ou relativas à responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos praticados no exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional (*cf.* artigo 185.º do CPTA).

Desta forma, estamos em crer que o legislador de 2002 pretendeu arrear a possibilidade de os tribunais arbitrais anularem, ou declararem nulos, atos administrativos, destruindo todos os efeitos na ordem jurídica, fora das hipóteses do artigo 180.º do CPTA, mas não o conhecimento da questão a título incidental.

Como tal, ao abrigo do direito vigente, o recurso à arbitragem não



pode legitimar a revogação ou a modificação do conteúdo de atos administrativos praticados no exercício de poderes discricionários. Caso contrário, estaríamos a permitir aos árbitros fazer aquilo que ao juiz do tribunal do Estado está vedado, ou seja, sindicarem o exercício da margem de livre decisão ou de livre apreciação da Administração, socorrendo-se assim de um eventual artifício meramente utilitarista.

3. Eventuais vantagens e / ou desvantagens

Tendo sucintamente explicitado o âmbito de aplicação da arbitragem em matéria de Direito Administrativo, em termos latos e atendendo às limitações decorrentes da dimensão do presente trabalho, importa agora identificar algumas vantagens e / ou desvantagens, que consideramos mais relevantes para os cidadãos ou para as

autarquias locais, caso estes pretendam submeter litígios entre si a arbitragem.

a. Ausência de centro de arbitragem institucionalizado

Pese embora o contencioso administrativo tenha consagrado a possibilidade de recurso à arbitragem institucionalizada, autorizando a criação de centros de arbitragem permanentes – entre os quais destacamos o CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa –, ainda assim, a composição de litígios que esses centros podem acolher encontra-se relativamente espartilhada, visto estes apenas respeitarem a contratos, responsabilidade civil da Administração, relações jurídicas de emprego público, sistemas públicos de proteção social e do urbanismo (*cf.* artigo 187.º do CPTA).

De forma igualmente limitadora, utilizando como exemplo o despacho de constituição do CAAD¹²,

este apenas dispõe de competência para promover a resolução de litígios emergentes de contratos e de relações jurídicas de emprego público, ficando de fora, por exemplo, matérias relativas ao urbanismo. Surge aqui uma das primeiras baías a que se equacione o recurso à arbitragem em matérias relativas ao urbanismo, como uma forma efetiva de resolução alternativa de litígios, sem os constrangimentos decorrentes da instalação de um tribunal arbitral *ad hoc*. Isto, pois, em termos de direito constituído, apenas litígios que sejam dirimidos no âmbito de centros de arbitragem permanentes, quanto a matérias de urbanismo, em sentido estrito, podem efetivamente ser decididos, não sendo possível a sua decisão por tribunais arbitrais *ad hoc* (cfr. confronto dos artigos 187.º, n.º 1 e 180.º, n.º 1, ambos do CPTA).

Em termos de direito a constituir, tendo em mente a Proposta de Lei de Revisão do CPTA, vislumbra-se a possibilidade dessas matérias, não só as relativas a urbanismo, mas a todas aquelas que constituem o elenco do artigo 187.º do CPTA i.e. relações jurídicas de emprego público e sistemas públicos de proteção social, serem passíveis de julgamento através de tribunal arbitral *ad hoc*.

Contudo, não existindo uma norma semelhante ao artigo 4.º, n.º 2 do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, que obrigue todos os tribunais arbitrais que vinculam as entidades administrativas a funcionar no CAAD, antecipamos igualmente que muitas arbitragens continuem a ser realizadas *ad hoc*¹³.

Outra limitação, essa, de carácter mais sociológico do que jurídico, respeita à proximidade (ou não) da instituição arbitral às partes especialmente se tivermos em mente litígios entre o cidadão e a autarquia local, maior acuidade toma a questão.

Caso não seja operada uma altera-

ção nesse sentido, isto é, na eventualidade de não vir a estar previsto o carácter institucionalizado das arbitragens em matérias de urbanismo e contratação pública, bem como a proximidade, porventura com o beneplácito dos municípios, antecipamos que quer para o comum dos cidadãos, quer para os operadores económicos, tal não corresponda a qualquer ganho, decorrente das estruturas já instituídas, como é o caso dos centros institucionalizados, os quais sejam vistos como locais que promovam uma justiça rápida e de proximidade.

b. Existência de contra-interessados De igual modo, quer nos termos da redação atual, quer nos da redação conhecida da Proposta de Lei de Revisão do CPTA (cfr. artigo 180.º, n.º 2), a figura dos contra-interessados continua a desempenhar um papel central, visto mesmo enquanto entrave à constituição do tribunal arbitral.

Nas palavras de PAULO OTERO, "[o] funcionamento efetivo de todo o regime dos tribunais arbitrais se encontra condicionado a um elemento: a existência de contra-interessados, salvo se aceitarem o compromisso arbitral, pode obstar a que seja constituído tribunal arbitral"¹⁴. Ou seja, sem a aceitação do compromisso arbitral por parte dos contra-interessados, não se considera regularmente constituído o tribunal arbitral.

Trata-se, em bom rigor, de uma norma que constitui uma delimitação negativa do âmbito da arbitrabilidade em matéria de Direito Público, para a qual não existe uma resposta clara nem unívoca, nem mesmo apelando ao regime constante da LAV (cfr. artigo 11.º) ou ao Regulamento do CAAD (cfr. artigo 17.º).

c. Publicidade das sentenças

Em termos de direito a constituir, ao contrário do que até agora consta do CPTA, a Proposta de Lei de Revisão do CPTA introduz



um novo artigo (cfr. artigo 186.º-A), respeitante à publicidade das decisões arbitrais, no qual se exige que as decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado sejam obrigatoriamente publicadas por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça¹⁵.

Embora a publicidade das sentenças possa colidir com a ideia generalizada de que um dos atrativos da arbitragem assente no princípio da confidencialidade, pois as partes reservam para si o conhecimento do processo arbitral, não é menos verdade que tal tendência tem vindo a esbater-se nos últimos tempos, como é exemplo disso mesmo o artigo 41.º do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial, de 1 de março 2014 ou do artigo 11.º, alínea f) do Regulamento do CAAD.

Para além do sobredito artigo 41.º, n.º 1, prever expressamente que "[a] sentença arbitral sobre litígios em que uma das partes seja o Estado ou outra pessoa coletiva de direito público é, salvo disposição das partes em contrário pública", o n.º 2, embora mitigando a publicidade de forma integral, expressa que "[a]s restantes sentenças arbitrais são igualmente públicas, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas se opuser à publicidade"¹⁶.

Consideramos que tal exigência, respeitante à publicidade das decisões arbitrais, poderá pesar a favor dos litígios emergentes de relações de Direito Administrativo, os quais sejam submetidos à arbitragem, no sentido da sua arbitrabilidade, permitindo o acesso e o correspondente escrutínio das



Nos moldes atuais, o contencioso dos atos administrativos pré-contratuais não é passível de ser submetido a arbitragem. Contudo, se atendermos ao teor do artigo 180.º, n.º 3 da proposta de alteração ao CPTA, os atos administrativos relativos à respetiva formação do contrato podem ser objeto de arbitragem

decisões arbitrais, possibilitando a uniformização das soluções adotadas, potenciando um desejável efeito replicador.

4. Contratação Pública

Conforme referido anteriormente, o CPTA veio regular a delimitação da arbitrabilidade em matéria de Direito Administrativo, sendo que nos termos do artigo 180.º, n.º 1, alínea a), veio admitir que, em matérias referentes a contratos administrativos, o tribunal arbitral tenha competência para apreciar a validade e, quando seja caso disso, anular ou declarar a nulidade dos atos administrativos praticados por um contraente público, enquanto parte do contrato, relativos à respetiva execução.

Com efeito, são questões passíveis de submissão a arbitragem,

por exemplo, aquelas que digam respeito à apreciação incidental de atos administrativos na execução de contratos públicos, bem como as declarações negociais e atos unilaterais de execução, como sejam as i) ordens, diretivas e instruções de execução; ii) a modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e modo de execução das prestações, por razões de interesse público; iii) a aplicação de sanções previstas para a inexecução do contrato; e iv) a resolução unilateral do contrato (*cf.* artigos 302.º, 307.º, n.º 2 e 309.º do Código dos Contratos Públicos).

Por outro lado, nos termos do artigo 180.º, alínea c) do CPTA, apenas é admissível a arbitragem de atos administrativos, fora do âmbito contratual, no caso de questões relativas a atos administrativos

passíveis de ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva, previsão essa que não tem sido de fácil assimilação.

Não obstante, nos termos da já aludida revisão do CPTA em curso, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de i) questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos relativos à respetiva execução e ii) questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário (*cf.* artigo 180.º, n.º 1, alíneas a) e c).

De igual modo, na sequência do que vimos anteriormente, nos moldes atuais, o contencioso dos atos administrativos pré-contratuais não é passível de ser submetido a arbitragem. Contudo, se atendermos ao teor do artigo 180.º, n.º 3

da proposta de alteração ao CPTA, os atos administrativos relativos à respetiva formação do contrato podem ser objeto de arbitragem.

Para tal, deve estar previsto no programa de procedimento o modo de constituição do tribunal arbitral e do regime processual a aplicar. Quando esteja em causa a formação de todos os tipos de contratos compreendidos pelo âmbito de aplicação das diretivas da União Europeia em matéria de contratação pública *i.e.* empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços (*cf.* artigo 100.º do CPTA). De forma complementar, o predito artigo esclarece que são considerados atos administrativos os atos praticados por quaisquer entidades adjudicantes

numa verdadeira forma de jurisdição, ainda que privada, decorrente da natureza jurisdicional dos tribunais arbitrais, estarão os termos em que o tribunal arbitral aprecia a legalidade administrativa.

Isto pois, a apreciação que o tribunal faz, a título principal, da validade dos atos administrativos no âmbito contratual, é em tudo semelhante à que teria de fazer na apreciação da validade dos demais atos administrativos. Além disto, podem ser objeto de decisões arbitrais questões de validade de contratos administrativos, entre os quais encontramos os contratos administrativos com objeto passível de ato administrativo e, mesmo, contratos substitutivos de atos administrativos.

Não obstante a margem que estas matérias de urbanismo demonstram ter, a realidade mostra-nos que a utilização da arbitragem, neste domínio, é ainda incipiente¹⁸, para não dizer inexistente. Por outro lado, não havendo centros de arbitragem institucionalizados que versem sobre estas matérias

- o CAAD apenas tem por objetivo promover a resolução de litígios emergentes de contratos e de relações jurídicas de emprego público, estando de fora da sua competência questões referentes a matérias relativas a urbanismo -, mais difícil se torna a aproximação dos eventuais interessados para o comprometimento em árbitros das ditas matérias.

6. Notas Finais

Como notas finais, reconhecemos a existência de alguma margem para que sejam dirimidos alguns litígios, que surjam a nível local, entre os cidadãos e as autarquias, no âmbito da contratação pública e do urbanismo, pese embora os limites apontados, como é o caso da ausência de centro institucionalizado vocacionado para essas matérias ou a existência de contra-interessados, casos estes não subscreviam o compromisso arbitral.

Não obstante a essência das relações jurídicas multipolares que caracterizam as matérias de con-

tratação pública e urbanismo, bem como a eventual complexidade técnica e económica de muitos litígios, ainda assim, a arbitragem pode apresentar vantagens.

Ultrapassados esses limites, podemos antecipar um modo de atuação flexível, o qual permitirá otimizar os interesses em jogo e eventualmente assegurar uma maior participação dos cidadãos na formação das decisões que lhes dizem respeito.

Com a reforma do contencioso administrativo em curso, o âmbito da jurisdição arbitral quanto à extensão da arbitrabilidade administrativa às questões relativas à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário, torna-se equiparada ao âmbito da jurisdição dos tribunais estaduais.

É neste contexto que inserimos e defendemos a existência da arbitragem enquanto meio extrajudicial de resolução de litígios administrativos e, concretamente, relativos a contratos administrativos e urbanísticos, como forma de promover uma justiça de proximidade.

“

Com a reforma do contencioso administrativo em curso, o âmbito da jurisdição arbitral quanto à extensão da arbitrabilidade administrativa às questões relativas à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário, torna-se equiparada ao âmbito da jurisdição dos tribunais estaduais

- Advogada em PLMJ – Sociedade de Advogados, RL. As afirmações constantes do presente artigo apenas vinculam os seus autores e não a sociedade de advogados.
- Advogado em PLMJ – Sociedade de Advogados, RL. As afirmações constantes do presente artigo apenas vinculam os seus autores e não a sociedade de advogados.
- Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Curso de Resolução Alternativa de Litígios, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 18, 91.
- Segundo os dados da Pordata, a 31 de dezembro de 2013, o número de processos pendentes nos tribunais judiciais de 1.ª instância era de 1.542.031 (fonte: DGPJ/MJ, PORDATA).
- Nas referências relativas ao direito a constituir, temos por base a Proposta de Lei n.º 331/XII, na parte relativa à Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de 19 de maio de 2015 (doravante “Proposta de Lei de Revisão do CPTA”).
- Cfr. FAUSTO DE QUADROS, quando refere que “[a] arbitragem de Direito Administrativo tem de ser vista como devendo estar sujeita a um regime especial dentro do regime geral da arbitragem, tanto no seu estatuto jurídico, como no seu funcionamento, e, portanto, por tudo isto é necessário que os seus problemas não se confundam com os problemas do regime geral da arbitragem em Portugal nem se esgotem neles”, in “Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* (número especial arbitragem e direito público), n.º 7, 2014, p. 7.
- Cfr. neste sentido SUZANA TAVARES DA SILVA, “Alargamento da jurisdição dos tribunais arbitrais”, O anteprojeto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Debate, Coordenação Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Lisboa, AAFDL, 2014, pp. 417-420.
- Cfr. neste sentido MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2012, p. 26.
- Além do mais, ficam excluídos da nossa análise as questões relativas ao controle das decisões ou à execução das mesmas, proferidas pelos tribunais arbitrais que devam apreciar litígios em matéria de Direito Administrativo, nem os casos de composição de litígios regulados pelo Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro.
- Cfr. MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, Vol. II, 10ª ed. (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1986, pp. 1285 e 1286; SÉRVULO CORREIA, “A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos”, Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lex, Lisboa, 1994, p. 233 e segs.
- O dito critério de arbitrabilidade, empregue no Direito Administrativo, não decorre da aplicação do critério geral de arbitrabilidade constante da LAV, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, a qual alterou o próprio critério geral de arbitrabilidade dos litígios, até então vigente, o qual deixou de depender da disponibilidade do direito, passando a depender da patrimonialidade do mesmo.
- Cfr. Despacho n.º 5097/2009, do Secretário de Estado da Justiça, publicado em Diário da República, n.º 30, 2.ª série, de 12 de fevereiro.
- Cfr. neste sentido SUZANA TAVARES DA SILVA, “Alargamento da jurisdição dos tribunais arbitrais”, O anteprojeto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Debate, 2014, p. 409. Quanto ao restante, não concordamos com as limitações apontadas, designadamente, quanto ao alargamento do âmbito da arbitragem administrativa.
- Cfr. Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdicção, Almedina, Coimbra, 2011, 2.ª Reimpressão da edição de maio de 2003, p. 1058.
- Em certa medida, acompanha de perto a sugestão de JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, Direito do Contencioso Administrativo I, Lex, Lisboa, 2005, p. 688.
- Acompanhando a anotação ao referido preceito, este é considerado “inovador”, visto “[p]retende acautelar a transparência com fator de legitimação e credibilização da arbitragem particularmente quando estejam envolvidas entidades públicas”. Os próprios anotadores, em face ao texto da proposta de alteração ao CPTA, resolveram “[c]larificar que, nos litígios que envolvem o Estado ou outras entidades públicas, as partes podem, por acordo, afastar a publicidade”. Já no n.º 2 passa a prever-se a necessidade de expurgação dos elementos de identificação das partes.
- Cfr. JOÃO MARTINS CLARO, in AA.VV. IV Conferência Meios Alternativos de Resolução de Litígios, DGAE – Ministério da Justiça, 1.ª edição, Agora Comunicação, Lisboa, 2005, p. 42, quando este refere que “[n]o domínio do urbanismo ou de outras atividades carecidas de autorização ou licença, é claramente facultado ao tribunal arbitral o poder de praticar um ato secundário substitutivo da prévia conformação administrativa sobre o mérito, oportunidade ou conveniência”.
- Cfr. CÁTIA MARQUES CEBOLA, “Arbitragem em contexto ambiental e urbanístico”, A Arbitragem Administrativa e Tributária: problemas e desafios, Coimbra, Almedina, 2013, 2.ª edição, p. 73.