

CAAD CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA



# CONFERENCE

ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO ADMINISTRATIVA: UM DESAFIO  
LANÇADO AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS

FACULDADE DE DIREITO :: 30 SETEMBRO '14

**PROF. DOUTORA SUSANA VIDEIRA**

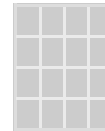
“O CAAD TEM VINDO A ALCANÇAR COM SUCESSO  
OS OBJETIVOS QUE PRESIDIRAM À SUA CRIAÇÃO”



**05**

MESTRE  
JOÃO TIAGO SILVEIRA

“O CAAD tem  
sabido crescer  
de modo  
exemplar”



# ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO ADMINISTRATIVA

## UM DESAFIO LANÇADO AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS

“A arbitragem e mediação administrativa: Um desafio lançado ao contencioso administrativo português” foi o tema de uma conferência que teve lugar no dia 30 de setembro, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). O evento foi organizado conjuntamente pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL e pelo Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD).

Para Vasco Pereira da Silva, que abriu a conferência, o “argumento tradicionalmente usado de só ser possível a existência de arbitragem em questões em que haja disponibilidade por parte da Administração é uma realidade que hoje não faz sentido”. “Sabemos que não há poderes integralmente discricionários nem poderes integralmente vinculados”, diz. “Mas coloca-se agora uma questão nova: os limites da arbitrabilidade. Precisamente porque é ao Estado que cabe o exercício da função jurisdicional, ele tem que delimitar de forma rigorosa o universo ao qual vai admitir esta forma de resolução de litígios administrativos”. Na sua opinião, “é preciso encontrar novos critérios, porque os

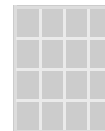
tradicionais não funcionam. A fixação de limites é difícil e é o novo desafio que se coloca a todos os operadores do Direito. Se calhar este é um problema habitual, a que nos vamos habituando hoje no quadro do Direito Administrativo, porque as fronteiras são fluidas e está sempre tudo em reconstrução – matérias que anteriormente não eram administrativas passam a ser por causa designadamente dos direitos fundamentais. Mas, por outro lado, há também a privatização de muitas relações que até aí eram administrativas. Portanto, esta questão em que os limites são fluidos e têm que ser reconstruídos é uma questão que se coloca em matéria de arbitragem, mas é uma matéria genérica e é um dos modernos desafios do Direito Administrativo”.



## OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE LITIGIOS ADMINISTRATIVOS

O primeiro painel da conferência teve moderação a cargo do professor da FDUL, Vasco Pereira da Silva. A primeira intervenção coube ao presidente do Conselho Deontológico do CAAD, o Conselheiro Manuel Fernando dos Santos Serra, para quem, “por demasiados anos, a resolução de litígios foi tida, no nosso país, como reserva absoluta dos tribunais do Estado e a realização do direito como tarefa exclusiva

do poder judicial”. Na sua opinião, esta foi “uma das nossas maiores falhas”. “E os resultados estão bem à vista, com a dureza crua da pendência de processos nos nossos tribunais tradicionais, em números extremamente elevados”. Crê, como tal, que “subjaz hoje o desafio da decisão atempada”. “Os tribunais estatais não podem corresponder em termos satisfatórios, na medida em que não dispõem de condições para uma resposta cabal à vertiginosa procura do sistema judicial”, salienta. “A arbitragem não é, nem alguma vez pretendeu ser, panaceia para as obstruções à justiça”, afirma. Entende, de resto, que “os meios alternativos de resolução de conflitos, sobretudo os que visam a aproximação de posições entre a Administração e os administrados, deveriam começar a atuar muito cedo, logo na fase graciosa, para assim se aumentar as facultades preventivas



ou profiláticas do nosso sistema de justiça administrativa e tributária". Considera, assim, bem-vindas "reformas na administração da Justiça, incentivando e reforçando a aplicação dos meios de resolução alternativa de litígios, de importância crescente na sociedade contemporânea e de ampla legitimidade, que resulta da vontade das partes em prevenir ou pôr fim aos litígios através daqueles meios alternativos, com a indispensável garantia de credibilidade, qualidade, celeridade e eficácia quanto às respetivas decisões". "É absolutamente indispensável salvaguardar o respeito pelos princípios da legalidade e da igualdade entre os administrados/contribuintes, pelo que é igualmente imperioso acautelar, no âmbito do regime da arbitragem, o interesse público, que aqui se desdobra em várias vertentes, a saber: na criação de um centro de arbitragem institucionalizado,

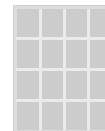
a funcionar em estreita ligação ao Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais; na total independência dos tribunais arbitrais; no acesso generalizado à arbitragem pelos administrados/ contribuintes, mesmo os de menores posses; na tomada de decisões arbitrais de acordo com o direito constituído, sem quaisquer concessões a negócios ou pressões; e na fundamentação expressa dessas decisões e na sua publicidade, condição essencial à sua transparência e à sua exposição ao crivo crítico da comunidade, jurídica e outra". "Tudo isto", diz "são condições para o estabelecimento, em bases sólidas, de uma via célere e especializada, menos onerosa e mais informal, mas igualmente credível, de composição de litígios administrativos/tributários, naquelas áreas em que não seja necessária a intervenção de um tribunal do Estado". Na sua opinião,

## "URGE INTEGRAR A MEDIAÇÃO NOS VALORES E DISCURSO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA"

a credibilidade na arbitragem "tem que passar pela garantia da isenção, independência, imparcialidade e competência dos árbitros, quer através da aplicação de rigorosos critérios de recrutamento, quer através da instituição de um exigente regime de impedimentos, suspeições, escusas, afastamento, substituição e responsabilidade dos juízes-árbitros". "Tudo isto existe já no regime de arbitragem fiscal a cargo do CAAD", afirma. "O reconhecido êxito alcançado na atividade assim desenvolvida aconselha a aproximação entre esse regime e o da arbitragem administrativa, para que, nestas áreas do direito público, os tribunais estatais encontrem nos tribunais arbitrais parceiros condignos e unidos num objetivo comum: a realização da justiça em tempo útil, sem o que não poderá falar-se de um verdadeiro Estado de direito democrático".

Por sua vez, o presidente do Centro de Arbitragem Administrativa, Nuno Villa-Lobos, considera que "o acesso à justiça administrativa constitui um bem essencial para cada um de nós, cidadãos enquanto afirmação da própria cidadania e também uma condição *sine qua non* para o desenvolvimento do país". Indica como principais problemas tradicionalmente apontados à justiça administrativa em Portugal "o excesso de pendências judiciais, a lentidão processual e os custos". E acredita que "a arbitragem administrativa pode contribuir eficazmente na busca de soluções para estes problemas". Garante que "nos últimos cinco anos, os passos dados têm sido decisivos para a credibilização da arbitragem pública. Desmistificaram-se medos e receios quanto ao uso da arbitragem nos litígios entre o Estado e os cidadãos, tendo o CAAD desempenhado um papel central nessa desmistificação, através de duas vias: a arbitragem administrativa desde 2009 e à arbitragem fiscal a partir de 2011".

Na sua opinião, o sucesso e a confiança na arbitragem administrativa geraram a confiança necessária para o surgimento da arbitragem fiscal. Crê que "se em cinco anos entraram cerca de 400 processos de arbitragem administrativa, apesar do número relativamente reduzido de entidades pré-vinculadas ao CAAD, o alargamento por exemplo a novos ministérios conteria em si o potencial para gerar uma pequena revolução silenciosa no contencioso da função pública em Portugal". Nesse desafio, pensa que "o CAAD pode desempenhar um papel importante, porque tem já uma larga experiência



de gestão processual quer na área administrativa, quer na área fiscal, onde no espaço de três anos já foram constituídos cerca de 1000 Tribunais Arbitrais, mantendo-se o tempo de decisão inferior a quatro meses e meio". Assume que "este sucesso resultou da convergência de diversos fatores e vontades", salientando "a ligação que existe entre o CAAD e o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CSTAF)". "Tem sido um excelente exemplo de complementaridade na resolução dos problemas da justiça portuguesa", adianta. Destaca o exemplo de Santos Serra como "uma inspiração" e uma "elevada fasquia para o futuro". "A Fasquia continua a ser a de sempre: dar um contributo relevante para a resolução dos problemas da justiça em Portugal, cientes de que está em causa não só um direito fundamental dos cidadãos, como também o próprio desenvolvimento do país. Temos, porém, a consciência de que o caminho é longo, e que não devemos baixar a guarda perante os sucessos alcançados". Villa-Lobos está seguro que "o capital de confiança já acumulado pelo CAAD, quer junto da Administração Pública, quer junto dos cidadãos, augura um futuro risonho para a arbitragem pública em Portugal".

Este painel foi concluído pelo professor da FDUL Domingos Soares Farinho, que afirma que "não existem obstáculos jurídicos substantivos à utilização da mediação administrativa, embora existam escolhas procedimentais, sendo os principais obstáculos de natureza organizacional e administrativa". Aponta como as duas razões que podem impedir a disseminação da mediação administrativa "a renitência dos decisores administrativos em aceitarem discutir e/ou alterar uma atuação jurídica sua em ambiente de mediação e a suspeição sobre a qualidade e a mais-valia do mediador". "Aprovado um quadro legal da mediação de litígios jurídico-administrativos e tomadas medidas para responder aos obstáculos, a mediação como forma de resolução de conflitos apresenta-se como uma opção preferencial num grande número de conflitos jurídico-administrativos, incluindo mesmo, intra-administrativos", nota. "De um ponto de vista legal, sendo já hoje possível a realização de mediações de litígios jurídico-administrativos, é recomendável que a lei preveja passos procedimentais e substantivos específicos, por exemplo quanto à homologação de acordos. Com isto se conseguirá assegurar uma maior



PROF. DOUTOR VASCO PEREIRA DA SILVA

CONSELHEIRO MANUEL  
FERNANDO DOS SANTOS SERRA

DR. NUNO VILLA-LOBOS



PROF. DOUTOR DOMINGOS SOARES FARINHO

eficácia da mediação e confiança por parte de todos os agentes envolvidos". Para além do adequado enquadramento legal, Domingos Farinho considera que devem ser dados dois incentivos à mediação de conflitos jurídico-administrativos: "Em primeiro lugar, urge integrar a mediação nos valores e discurso da Administração Pública, através de uma cultura *top-down* de promoção e aceitação da mediação como mais uma garantia dos administrados e mais uma forma de conseguir eficiência na prossecução do interesse público. Por outro lado, é necessário apostar na formação como forma de credibilizar a mediação administrativa e aumentar a confiança e qualidade nos resultados a obter. Aqui, centros de arbitragem, sociedades de advogados e universidades têm um papel decisivo a desempenhar".



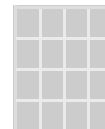
O segundo painel contou com a moderação do Juiz Conselheiro António Bento São Pedro, vogal do Conselho Deontológico do CAAD. Na intervenção inicial, o árbitro do CAAD Mark Kirkby assinala que "falar de arbitragem e contratos administrativos é entrar diretamente na discussão sobre a arbitrabilidade no direito administrativo", isto é, na discussão sobre que matérias e relações jurídicas regidas pelo direito administrativo podem ser subtraídas aos Tribunais do Estado e submetidas à apreciação por árbitros escolhidos pelas partes. O advogado refere que "nenhum obstáculo existe hoje a que uma previsível alteração do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) venha a consagrar a possibilidade de submeter à arbitragem as questões relacionadas com a validade, interpretação e aplicação da generalidade dos atos administrativos". Defende que "já há base para sustentar que os árbitros possam apreciar a validade de atos administrativos praticados nos procedimentos de formação dos contratos públicos no quadro da apreciação da "(in)validade consequente do próprio contrato". Isto é, sabendo-se que são inválidos os contratos no caso de serem inválidos os atos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração, o advogado entende que o regime legal em vigor permite que ambas as questões de invalidade, dos atos antecedentes e dos contratos consequentes, sejam apreciadas no mesmo processo arbitral, não sendo de admitir que a impugnação do ato administrativo

procedimental se tenha que fazer em ação especial a intentar nos tribunais administrativos.

Em termos de direitos confiados à arbitragem, o Conselheiro Jorge Lopes de Sousa, árbitro do CAAD em matéria administrativa e tributária, indica como limite a eficiência para a justiça.

"Um Estado de Direito tem de assegurar tutela judicial e ou a consegue fornecer diretamente ou então tem que permitir que seja conseguida por outra via", refere. O Conselheiro vê a arbitragem como uma necessidade prática de assegurar a tutela judicial e alerta que os tribunais "para serem tribunais têm que ser imparciais". Acredita que a arbitragem tem várias vantagens, "evidentes a nível económico", nomeadamente os juros indemnizatórios que são menores se o processo se resolver depressa. Chama ainda a atenção que o processo de recrutamento e seleção dos árbitros em matéria tributária e administrativa deve ser ainda "mais rigoroso" do que na arbitragem em geral. "Tem de haver maior controlo", diz. Na sua opinião, tudo o que envolve dinheiros públicos tem de ter um controlo adequado.

Por sua vez, João Tiago Silveira, do Instituto de Ciências Jurídico Políticas da FDUL afirma que "o CAAD tem sabido crescer de forma exemplar". "Os conflitos de direito administrativo que julga têm sido rapidamente resolvidos, pois o tempo médio de decisão é de 3,7 meses e o número de processos e de aceitações prévias da sua jurisdição tem crescido", nota. "Atualmente, os ministérios



## SEGUNDO JOÃO TIAGO SILVEIRA "O CAAD TEM SABIDO CRESCER DE MODO EXEMPLAR"

da Justiça, Educação e Ciência e Cultura já aceitam que o CAAD julgue conflitos que os oponham a cidadãos e empresas em matéria de funcionalismo público e contratos, entre outras. E vários estabelecimentos de ensino superior público também já o aceitaram". Regista igualmente como vantagem que "as custas são, em regra, mais baixas do que nos tribunais do Estado". "É uma experiência a incentivar e desenvolver", diz.

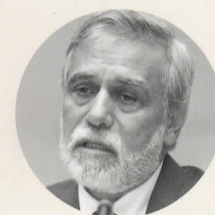
Vê, assim, com "bons olhos o alargamento de competência do CAAD, pois este centro de arbitragem apresenta vantagens evidentes para os utilizadores dos serviços de Justiça, que procuram decisões rápidas e de confiança, com a força de sentenças judiciais. Faria todo o sentido que o CAAD pudesse julgar litígios em matéria de urbanismo e que os municípios aceitassem a sua jurisdição para os conflitos que os oponham a cidadãos ou agentes económicos em processo relativos à possibilidade de construir ou reabilitar edifícios".

"Também poderia ser muito útil que o Estado aceitasse que os litígios relativos a contratos ao abrigo dos quais serão concedidos auxílios comunitários no período 2014/2020 fossem julgados pelo CAAD", refere.

"Tendo em conta que a reabilitação urbana começa a crescer e que nos próximos anos teremos mais de 21 mil milhões de euros para investir com fundos comunitários, aqui está uma boa forma de o sistema público de Justiça poder ajudar a melhorar a economia", sugere.

# QUESTÕES TRANSVERSAIS

O painel foi finalizado por Nuno Lousa, que sublinha "o risco que existe no atual quadro legislativo, que surge potenciado no quadro legislativo que se avizinha". "Parece-me perfeitamente justificado o alargamento da arbitrabilidade no campo do direito administrativo e saúde a preocupação que existe no sentido de assegurar a transparência das arbitragens nesse domínio, conferindo publicidade às decisões arbitrais, conforme, aliás, se encontra previsto". "Aquilo que já não me parece tão bem", diz "é que pela mesma porta da arbitrabilidade entre também a equidade". Na sua opinião, são "realidades diferentes". "Arbitrabilidade não significa necessariamente equidade. Temos que separar muito bem as coisas, sob pena de corrermos fortes riscos e de termos situações muito desagradáveis no futuro". Entende que esta situação levanta "questões desafiantes no que toca ao modelo de atuação da administração pública". E questiona: "Se os efeitos da inclusão no contrato administrativo de uma cláusula compromissória em que se preveja que um litígio deve ser julgado de acordo com a equidade não têm efeitos na própria execução do contrato?" "O advogado questiona o sentido da administração pública colocar a equidade como forma de resolução do litígio com o particular quando celebra um contrato. "No âmbito da execução rege-se pelo direito estrito, mas sabe que se houver algum litígio e for para tribunal arbitral, a questão vai ser analisada no âmbito da equidade", nota. "Uma segunda questão tem que ver com os critérios que devem presidir à atuação da administração pública quando confrontada com a possibilidade de aceitar ver os litígios que a envolvam ser resolvidos pela equidade. E a questão é ainda mais pertinente quando o sentido da equidade não é inequívoco nem unívoco", acrescenta.



CONSELHEIRO  
ANTÓNIO BENTO SÃO PEDRO



MESTRE MARK KIRKBY



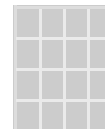
CONSELHEIRO JORGE LOPES DE SOUSA



MESTRE JOÃO TIAGO SILVEIRA



DR. NUNO LOUSA



# ÁREAS SECTORIAIS



PROF. DOUTORA SUSANA VIDEIRA



PROF. DOUTOR RUI GUERRA DA FONSECA



PROF. DOUTOR PEDRO MADEIRA DE BRITO



PROF. DOUTORA CARLA AMADO GOMES



DR. PAULO GRAÇA



PROF. DOUTOR JOÃO MIRANDA

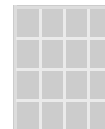
O terceiro painel contou com a intervenção inicial do árbitro do CAAD, Pedro Madeira de Brito, o qual afirmou que "seria interessante ponderar a existência de um sistema público de mediação especializada em saúde, à semelhança do que existe para outras áreas". "Teria que ter a cautela de resolver na integralidade os litígios e assumir as particularidades que o direito da saúde tem, nomeadamente a circunstância de se situar nalguns casos em zonas de indistinção do direito público e do direito privado, e noutros casos com capacidade para resolver todos os litígios que podem surgir no contexto da saúde". Chama a atenção, portanto, que o ângulo de intervenção desse sistema de mediação especializado "teria que ser bem calibrado do ponto de vista jurídico". Por seu lado, a professora da FDUL, Carla Amado Gomes, alerta que "a mediação pode desviar o foco da competência administrativa de fiscalização, inspeção e regulação". "A Administração não pode aproveitar a existência deste mecanismo para abdicar do exercício das suas competências de regulação e fiscalização", diz. "Não sou terminantemente contra, mas a minha posição de partida é muito cética", sublinha. Já o advogado Paulo Graça crê que "o conjunto legislativo consubstanciado pela Lei n.º 12-A/2008, de 27/02 e pela Lei n.º 59/2008, de 11/09, entretanto revogadas pela Lei n.º 35/2014, de 20/06, que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, modificou o paradigma da relação jurídica de emprego público, passando a assumir o contrato de trabalho em funções públicas como vínculo predominante". "Este paradigma era antes constituído pelo vínculo de nomeação por tempo



indeterminado, consubstanciada num ato por força do qual o funcionário era autoritária e unilateralmente investido numa posição jurídica que se dizia estatutária, porque modificável por força de lei, aplicada mediante atos administrativos, sem que o mesmo pudesse invocar direitos adquiridos, e ao qual, com a aceitação, aderia passivamente, porquanto a mesma era entendida não como requisito de perfeição mas de eficácia do ato de nomeação", diz. "Tendo a lei passado a assumir o contrato de trabalho em funções públicas como vínculo predominante, a respetiva bilateralidade impede a Administração Pública de o executar através de ato administrativo, dotado do privilégio de execução prévia, passando o que antes se qualificava como ato administrativo a valer como mera declaração contratual, cuja execução coerciva depende do escrutínio judicial e que apenas pode executar-se nos termos de sentença que a reconheça a legalidade do seu conteúdo, em cujo cumprimento condene". Considera, como tal, que "a

## A ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA PERMITE ÀS ENTIDADES PÚBLICAS E AOS TRABALHADORES A DEFINIÇÃO RÁPIDA E CORRETA DOS SEUS DISSÍDIOS

arbitragem administrativa, pelas características de especialização e, sobretudo, de celeridade, se assume como meio privilegiado de garantia da legalidade permitindo, quer às entidades públicas, quer aos agora chamados trabalhadores em funções públicas a definição rápida e correta dos seus dissídios". O painel foi concluído pelo professor da FDUL e árbitro do CAAD, João Miranda, segundo o qual "agora que se alargou o escopo do art.º 3º do Regime Jurídico



da Urbanização e Edificação, prescrevendo um conjunto bastante alargado de matérias que podem ser disciplinadas, pode ser que por essa via, indiretamente, se acabe por dar uma nova vida à arbitragem no âmbito do direito da urbanização e edificação". "Não tem havido muitas situações de recurso à arbitragem, mas também me parece que os casos de arbitragem administrativa ainda são escassos", nota. Pensa, porém, que "no urbanismo, é possível que esses casos venham a aumentar nos próximos tempos, sobretudo, ao nível da interpretação e aplicação de regulamentos municipais de urbanização e edificação". A sessão de encerramento esteve a cargo da diretora-geral da Direção-Geral de Política de Justiça e professora da FDUL, Susana Videira. "Consciente das vantagens da arbitragem, o Governo manteve a aposta no desenvolvimento da justiça arbitral, nomeadamente nos campos da justiça civil, comercial, administrativa e fiscal", diz. "Para o efeito, logo em 2011, apresentou uma proposta de lei com o objetivo de instituir um regime de arbitragem voluntária, que veio a ser aprovado.

Portugal aderiu aos padrões internacionais mais relevantes em matéria de arbitragem, por forma a tornar este meio alternativo de resolução jurisdicional de litígios mais competitivo, mas também mais transparente e mais apto a gerar segurança acrescida junto dos cidadãos e dos agentes económicos". "O ano de 2014 tem-se revelado o ano da reforma da justiça administrativa", nota, adiantando que "a atual reforma da justiça administrativa trará novidades em matéria da arbitragem administrativa". Entre as principais alterações no recente projeto do CPTA salienta "a ampliação das matérias jurídico-administrativas; a consagração expressa de que as decisões proferidas pelos tribunais administrativos podem ser impugnadas nos termos e fundamentos estabelecidos na lei da arbitragem voluntária, assim como a aplicação obrigatória por via informática em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça das sentenças arbitrais que venham a transitar em julgado". "Sabemos que a aprovação de novas medidas legislativas não

é bastante para que o sistema de justiça progrida e faça o seu caminho. Por razões de ordem predominantemente social e atendendo à particular importância de certas áreas, o Ministério da Justiça vem apoiando alguns centros de arbitragem voluntária institucionalizada. No que diz respeito à arbitragem administrativa, o CAAD é um excelente exemplo de que o investimento nos centros de arbitragem institucionalizada pode claramente contribuir para os cidadãos terem uma justiça cada vez mais efetiva, mais célere e pronta nas áreas da sua intervenção". Para Susana Videira, "o CAAD tem vindo a alcançar com sucesso os propósitos que presidiram à sua criação, propiciando uma resolução de litígios mais célere que os tribunais administrativos e fiscais. As custas são mais baixas do que aquelas que são praticadas nos tribunais administrativos e fiscais. A tramitação do processo é simples e sem formalismos excessivos, é gerida eletronicamente pelo Centro, o que torna o processo mais eficiente". A responsável destaca ainda dois aspetos "basilares para o sucesso da

**"O CAAD TEM  
VINDO A ALCANÇAR  
COM SUCESSO OS  
OBJECTIVOS QUE  
PRESIDIRAM À SUA  
CRIAÇÃO"**

arbitragem realizada no CAAD". Por um lado, "dispõe de uma lista de árbitros de inquestionável nível, todos especializados em direito administrativo, o que é garantia de decisões de elevada qualidade". Por outro lado, "o CAAD é o único centro de arbitragem a funcionar sob a égide do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, sendo responsável pela salvaguarda da independência e imparcialidade, bem como pela idoneidade e competência dos árbitros".