

Alargamento da jurisdição dos tribunais arbitrais

Suzana Tavares da Silva

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Investigadora do Instituto Jurídico da FDUC

Foi-nos solicitado, em gentil convite endereçado pelos organizadores desta publicação, cuja iniciativa muito saudamos, um comentário breve¹ às recentes alterações propostas ao CPTA² em matéria de jurisdição arbitral. Mais concretamente, ao alargamento da mesma, em decorrência da nova redacção do artigo 180º do CPTA, às seguintes matérias: *(i)* apreciação da validade de actos administrativos relativos à formação dos contratos; *(ii)* questões respeitantes a indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas; e *(iii)* questões respeitantes à validade de actos administrativos³.

Confrontados com o pedido, pareceu-nos, num primeiro momento, que estaria longe do nosso horizonte de reflexão e que por isso não faria sentido aceitá-lo, mas concluímos que talvez pudéssemos trazer algum contributo original ao debate público se olhássemos para o pedido com outro sentido. Na verdade, concluímos que o sentido do que nos era pedido talvez não fosse tanto o de analisar o âmbito das modificações olhando exclusivamente ao recorte dogmático e sistémico da sua extensão, pois elas apresentam-se, maioritariamente, como uma aparente “cedência” do legislador aos diversos clamores da

¹ A estrutura breve do comentário impõe o tom discursivo do texto e é responsável pela economia na utilização de referências bibliográficas.

² O comentário tem por base a proposta de lei divulgada no site oficial do Governo.

³ Ficam excluídos da nossa análise os casos de composição de litígios por centros de arbitragem permanente, previstos no artigo 187º do CPTA.

*expertise*⁴, e sim o de confrontar estas modificações em concreto com dois desafios actuais do direito público: (i) em primeiro lugar, com as mais recentes colocações teóricas do princípio da separação de poderes; e, (ii) em segundo lugar, com as condicionantes fácticas do sistema de justiça português.

1. A arbitragem das “questões jurídico-administrativas” e o “estado da arte” em matéria de separação de poderes

A resolução jurisdicional de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas convoca, quase sempre, o problema das “*limitações funcionais específicas*”, porquanto contende, inevitavelmente, com o exercício legítimo de um poder que envolve “um juízo sobre a

⁴ Com efeito, as “novidades” significativas nesta matéria resultaram da reforma de 2002 e da entrada em vigor do artigo 180º do CPTA, quando se tomou a opção de não manter a limitação tradicional da arbitragem aos domínios excluídos do “contencioso por natureza” (anulação de actos administrativos) e se admitiu a arbitragem em matéria de actos destacáveis relativos à execução dos contratos e de actos administrativos que pudessem ser revogados sem fundamento na sua invalidade (universo dogmático em si especialmente dúctil). Seguiu-se uma “ambientação” do Código dos Contratos Públicos à arbitragem, numa evolução que culmina, agora, com um alargamento do âmbito da arbitragem a situações que para muitos são apenas o corolário natural deste processo evolutivo. Vejam-se, sobre o tema, os diversos trabalhos publicados desde 2002 sobre a arbitragem em direito administrativo e o respectivo âmbito, onde se toma por assente que este há-de ser determinado pela “lei especial” (diplomas que regulam o âmbito da jurisdição administrativa), não sendo possível nem adequado procurar assacar conclusões sobre esta matéria a partir do disposto no regime jurídico da arbitragem voluntária. Algo que hoje resulta claro do disposto no artigo 1º, nºs 1 e 5 da LAV, onde se pode ler que “desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros” e que “o Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei”.

legitimidade do exercício de um poder público”, o que significa que a decisão judicial nestes casos não pode neutralizar a “autoridade própria” da decisão administrativa⁵.

Mais importante do que lembrar aqui os problemas metodológicos da realização do princípio da separação de poderes parece-nos ser a necessidade de recordar os seus fundamentos e a sua racionalidade. A *separação de poderes* é um dos pilares de um Estado de Direito Democrático e, nessa medida, de um esteio do funcionamento saudável do sistema de político ou, se se preferir, do sistema de organização do poder no Estado moderno. Alimentar uma tendência expansionista do controlo da actividade das entidades administrativas no contexto actual, onde as decisões são cada vez mais o fruto de procedimentos complexos, padronizados em contexto supranacional (europeizados e até internacionalizados), participados e informados por diversos mecanismos de controlo interno, pode ter um objectivo positivo se contribuir para melhorar a qualidade normativa da decisão, mas esse alargamento do controlo não deve pôr em causa o sistema constitucional, nem neutralizar os contributos técnicos que presidiram à tomada da decisão.

a) O problema no contexto do alargamento da arbitragem aos litígios em matéria de actos relativos à formação dos contratos

A tendência expansionista do controlo da actividade administrativa tem expressão, por exemplo, no domínio do *controlo dos actos relativos à formação dos contratos*, onde o direito europeu exige aos Estados, independentemente do respectivo modelo processual, a adopção de um conjunto de medidas que permitam garantir a transparência e a não discriminação nestes procedimentos, através, também, da existência

⁵ Expressões colhidas em VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa. Lições*, 13ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 79.

de meios de recurso eficazes (período de *standstill* e suspensão do procedimento) e céleres de decisões tomadas pelas entidades adjudicantes, cuja finalidade é assegurar a garantia da tutela jurisdicional efectiva aos proponentes para, através dela e em última instância, garantir o respeito do direito comunitário e a prevalência do princípio da concorrência⁶.

Exigências europeias que começaram por impor a criação de processos urgentes na lei processual administrativa para solucionar os litígios em matéria de actos pré-contratuais, expressando, desde o início, a preocupação por assegurar um controlo eficaz, eficiente e transparente deste tipo de actos no domínio da contratação pública. Ora, a originalidade do legislador nacional, nem sempre devidamente harmonizada com as imposições europeias, parece apontar no sentido da atracção cada vez mais vincada destas matérias para a via arbitral, procurando uma “simbiose” entre os litígios em matéria de contratação e os litígios em matéria de contratos. Primeiro com a consagração no Código dos Contratos Públicos da arbitragem como via jurisdicional natural para a resolução de litígios emergentes da relação jurídico contratual⁷, aliada a disposições que, a seu modo, pareciam pretender permitir o controlo incidental dos actos

⁶ São estas as incumbências do Estado perante a União em matéria de transposição das “Directivas Recursos” (v., por último, a Directiva 2007/66/CE).

⁷ É o caso, por exemplo, dos artigos 311º, nº 1, alínea b) (modificação objectiva do contrato), 330º, alínea c), 332º, nº 1, alínea e) e 332º, nº 3 (extinção do contrato) e 373º, nº 5 (preço e prazo de execução dos trabalhos a mais).

Muitas vezes, o Governo vai até mais longe e acaba por consagrar a arbitragem como via obrigatória para a resolução de litígios sobre a interpretação e execução dos contratos (a formulação adoptada em regra nas minutas contratuais é a seguinte: “os eventuais conflitos que possam surgir entre as partes em matéria de validade, interpretação, aplicação ou integração das regras por que se rege a concessão serão resolvidos por arbitragem”) ou pelo menos como via indicada para a solução dos litígios emergentes dos contratos – Cfr., por último, a Base LV das Bases da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento e recolha selectiva de resíduos urbanos geridos por sociedades de capital total ou maioritariamente privado, aprovadas pelo Decreto-Lei nº 96/2014, de 25 de Junho.

pré-contratuais na via arbitral⁸ e, agora, dando consagração legal a uma formulação normativa que alarga o âmbito da arbitragem a estes actos destacáveis – referimo-nos à nova redacção do artigo 180º, nº 1, alínea a) do CPPT.

O primeiro apontamento crítico a esta nova disposição prende-se com a sua formulação ambígua, pois da redacção da norma não é possível concluir com total certeza que a intenção do legislador é apenas a de acolher no CPTA a solução que constava já do CCP⁹, ou seja, permitir o conhecimento incidental dos actos pré-contratuais em litígios referentes a questões contratuais. Com efeito, temos alguma dificuldade, pelo que já antes dissemos a propósito do artigo 283º, nº 4 do CCP, em configurar situações práticas onde a sua aplicação possa ser relevante¹⁰, ao ponto de justificar esta alteração na redacção da norma, atendendo aos prazos e aos meios processuais disponíveis para a impugnação judicial dos actos pré-contratuais e à elevada

⁸ Referimo-nos ao artigo 283º, nº 4 do CCP, onde se consagra a possibilidade de o tribunal arbitral fazer um controlo incidental dos actos pré-contratuais, no âmbito da avaliação da gravidade da ofensa geradora do vício procedimental, para determinar se há-de afastar ou não o efeito anulatório do contrato. Uma norma cuja aplicação na prática suscita diversas dúvidas, pois em regra as invalidades derivadas (e parecem ser apenas essas as que estão aqui em causa) pressupõem a impugnação judicial dos actos pré-contratuais no prazo de 1 mês (artigo 101º do CPTA), sendo a invalidade do contrato entretanto celebrado (se for o caso), impugnada também no mesmo processo (artigo 102º, nº 4 do CPTA), pelo que não se afigura fácil conceber uma hipótese de aplicação do referido artigo 283º, nº 4 do CCP, sobretudo se sufragarmos a tese de que também os actos nulos estão, neste caso, subordinados ao prazo de impugnação de um mês.

⁹ Um sentido interpretativo que, a nosso ver, se tornaria claro se a formulação fosse a seguinte: “Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação incidental da validade de actos administrativos relativos à respectiva formação e de actos de execução”.

¹⁰ Afastamo-nos, neste ponto, da posição defendida por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, **Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal**, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Almedina, Coimbra, pp. 7-26.

probabilidade de que a invalidade derivada do contrato seja conhecida no mesmo processo e não em acção arbitral.

Por essa razão, e embora nos pareça pouco razoável, não podemos deixar de questionar se a intenção do legislador teria sido a de ir mais longe – ou pelo menos se da nova redacção da norma, ainda que essa não tenha sido a intenção do legislador, não é possível ir mais longe – e permitir em geral a arbitragem em matéria de litígios referentes a actos pré-contratuais, na pressuposição de que todos (interessados, contra-interessados e entidade adjudicante) aceitem o compromisso arbitral¹¹. A dúvida é também justificada pelo facto de o artigo 180º, nº 1, alínea c) alargar o âmbito da jurisdição arbitral ao conhecimento das invalidades dos actos administrativos, o que, em uma interpretação sistémica, pode tornar plausível este segundo sentido, caso o legislador não torne mais claro o âmbito da alínea a).

Esta segunda hipótese, que aqui trabalhamos em termos académicos, envolveria um efectivo e significativo alargamento do âmbito da arbitragem (a primeira será, apenas, uma consagração do que já resultava, em grande medida, do CCP), contrariando não só as orientações europeias em matéria de garantias dos concorrentes, como ainda as recomendações internacionais em matéria de transparência e de não discriminação, essenciais em litígios onde existem vários interessados e contra-interessados e um elevado risco de corrupção¹².

¹¹ Embora a hipótese pareça à primeira vista pouco plausível, dado o número de interessados envolvidos, a urgência do processo e a necessidade de aceitação do compromisso arbitral, a verdade é que não se nos afigura irreal que o compromisso arbitral possa ser integrado nos documentos do concurso (no programa do concurso), o que poderá ser até facilitado se a entidade administrativa (estadual ou municipal) em causa estiver vinculada, para este efeito, a um centro de arbitragem nos termos disposto no artigo 187º, nº 2 do CPTA, e a aceitação por todas as partes do recurso à via arbitral for entregue conjuntamente com os documentos que fazem parte da proposta.

¹² Esta não é uma “questão menor” nos nossos dias, seja pelas consequências devastadoras que o fenómeno da corrupção assume em termos económicos, seja pelo alarme social que desperta e que em muitos casos contribui para pôr em causa

Aliás, se atentarmos na perspectiva comparada, veremos que a “tendência” no contexto dos estudos desenvolvidos no âmbito da cooperação OCDE/EU¹³ nesta matéria passa pela criação de “*specific public procurement mechanism*”, de “*government procurement review boards*” ou de um “*body for dispute resolution to encourage informal problem solving*”, ou seja, a ideia base é concentrar, especializar e padronizar *standards* para elevar a segurança jurídica em matéria de contratação pública e, com isso, simultaneamente, combater a corrupção e aumentar a competitividade dos sistemas jurídicos. Ora, a admitir-se a segunda hipótese de interpretação do âmbito do artigo 180º, nº 1, alínea a), a solução portuguesa iria no sentido oposto, de disseminar a resolução destes litígios em *fora* privados, *ad hoc*, sem conexão entre si e sem parâmetros adequados de transparência e confiabilidade das decisões.

o prestígio do Estado e das Instituições. Um problema que, em termos gerais, é também tratado pela arbitragem internacional do investimento, onde o combate à corrupção tem sido elevado a “interesse público global” e a “limite imanente à protecção jurídica dos investidores” – v. ANDREAS KULICK, **Global Public Interest in International Investment Law**, Cambridge University Press, 2012, pp. 309 e segs.

Um exemplo recente de “situação de alarme social” entre nós é o “caso da concessão da Liscont”. O tribunal arbitral desaplicou, com fundamento em inconstitucionalidade, as normas da Lei nº 14/2010, de 23 de Julho, por violação do princípio da segurança jurídica e do princípio da protecção da confiança legítima, decorrentes do princípio do Estado de direito democrático, a que se refere o artigo 2º da Constituição da República Portuguesa – um juízo de inconstitucionalidade que viria a ser confirmado pelo Tribunal Constitucional no Ac. nº 202/2014. Esta questão, que era jurídica, acabou por ser envolvida em polémica, motivada pelo conteúdo alarmante do Relatório do Tribunal de Contas, nº 26/2009, elaborado no âmbito da Auditoria à “Gestão das Concessões/PPP Portuárias – Concessão do Terminal dos Contentores de Alcântara – Porto de Lisboa”, no qual haviam sido suscitadas dúvidas sobre a eficiência do aditamento ao contrato no quadro de uma adequada ponderação do interesse público (deixando a suspeita de favorecimento). Dúvidas que, independentemente de comprovação, foram em si suficientes, por exemplo, para influenciar dois dos juizes do Tribunal Constitucional a considerar, em voto de vencido, que naquela questão jurídica não havia violação do princípio da protecção da confiança legítima.

¹³ Cfr. OCDE, **Integrity in Public Procurement**, 2007, pp. 106 e segs.

Mesmo no que respeita à arbitrabilidade em geral das questões relativas a contratos, para que a resolução de litígios em tribunais arbitrais *ad hoc* se apresente como uma solução adequada às exigências em matéria de transparência e *friendly* em matéria de captação de investimento das PME¹⁴, impõem-se não só a existência de um registo público das decisões arbitrais, acessível *on-line*, como se prevê no novo artigo 186º-A do CPTA (também aditado pela reforma), mas ainda a previsão de um leque alargado de impedimentos e suspeições aplicável aos árbitros¹⁵, aliado a instrumentos adequados à uniformização e padronização das soluções aplicáveis¹⁶. Dir-se-á

¹⁴ É importante lembrar que existem novas exigências europeias para a promoção do acesso das PME ao investimento em serviços públicos relevantes e dispensamo-nos de elencar aqui as razões que afastam as PME deste “modelo de justiça privatizada” e que assentam, desde logo, em razões económicas e financeiras. Objecções que consideramos pertinentes apesar do “consenso” da *expertise* apontar para a economia da via arbitral, mesmo sem existirem (ou se existem não são conhecidos) estudos de análise económica das alternativas.

¹⁵ Neste sentido, afiguram-se-nos insuficientes as regras constantes dos artigos 8º a 17º da Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro. As regras que aí se consagram são adequadas à arbitragem comercial (onde o elemento da vontade das partes na escolha dos árbitros é determinante, valendo depois apenas um conjunto de requisitos ligados à idoneidade), mas claramente insuficientes quando se trata de julgar questões que envolvem matérias de interesse público, onde a *idoneidade assume contornos objectivos*, que justificam um exigente regime de impedimentos e suspeições. Por exemplo, fará sentido que, em matéria de direito administrativo, o mesmo profissional possa ser simultaneamente advogado de uma parte num processo arbitral e árbitro em outro? Veja-se, em matéria de independência e de combate à corrupção, o relatório elaborado pelo *Group of States against Corruption*, do Conselho da Europa, na quarta avaliação ao sistema espanhol, onde são analisadas as medidas de prevenção de corrupção relativas a parlamentares, juízes e procuradores e o que aí se afirma, inclusive, em matéria de exercício de funções por juízes após a aposentação – GRECO, **Fourth Evaluation Round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors**, Spain, 2013 (recurso on-line).

¹⁶ Na sua publicação de 2009, a OCDE refere expressamente que entre os mecanismos para garantir a transparência e a luta anti-corrupção no domínio da contratação pública é essencial ter um “corpo” de fiscalização das decisões: “To ensure the impartiality of review mechanisms, review decisions should be ruled upon

que algumas destas matérias não cabem no âmbito do CPTA, pois o “seu lugar” é no regime jurídico que disciplina o processo arbitral, mas a questão, em nosso entender, deve colocar-se de outra forma: será cauteloso o legislador que aparentemente se ocupa apenas do alargamento do âmbito da arbitragem, conhecendo as insuficiências da lei da arbitragem voluntária e a sua falta de especialização quando se trata da arbitragem em matéria de direito administrativo? Não seria esta uma oportunidade para reflectir e melhorar o regime jurídico neste ponto?

A nosso ver, nem as recentes alterações (26 de Fevereiro de 2013) ao regulamento do Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD, entre as quais se conta a exigência de que todas as decisões arbitrais sejam publicadas no seu site oficial (artigo 11º, alínea f), são suficientes para acautelar de forma conveniente o interesse público nesta matéria. Assim, não só não existe, em matéria administrativa, uma disposição equivalente ao artigo 4º, nº 2 do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, que obrigue todos os tribunais arbitrais que vinculam as entidades administrativas a funcionar no Centro de Arbitragem Administrativa (o que significa que muitas dessas arbitragens continuarão a ser realizadas *ad hoc*), como ainda esta solução não é, em si, suficiente. Acreditamos que também aqui o

by a body with enforcement capacity that is independent of procuring entities... Their decisions may also be published, possibly on-line. In all cases, potential suppliers should be able to refer to an appeal body – administrative and/or judicial – to review the final decision of the procuring authority” – OCDE, **OECD Principles for Integrity in Public Procurement**, 2009, p. 45.

Na verdade, para que a arbitragem se pudesse apresentar como instância adequada de resolução destes litígios, à semelhança do que acontece na arbitragem internacional do investimento, seria fundamental que as decisões arbitrais se articulassem entre si no intuito de standardizar (a partir dos *apports* da jurisprudência nacional, comparada, europeia e internacional) alguns parâmetros de decisão, *maxime* a protecção da confiança, razões de interesse público, alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, viabilidade económico-financeira – sobre os *standards* do direito do investimento estrangeiro v., por todos, DOLZER/SCHREUER, **Principles of International Investment Law**, Oxford University Press, 2008.

legislador pode melhorar o regime jurídico, impondo que todas as arbitragens administrativas estejam vinculadas a um centro de arbitragem e aprovando depois legislação sobre o funcionamento destas entidades e os requisitos para selecção de árbitros para as listas.

A *transparência* e a *informação* são hoje dois pontos essenciais na construção da *nova ciência do direito administrativo*, cuja legitimação na realização científica das políticas públicas assenta nesta capacidade de escrutínio do seu *modus operandi* e *decidendi*. Nesta perspectiva, a solução que agora se adopta, e cujo sentido, pelas razões que avançámos, não é claro, não contribui para aumentar a segurança jurídica na aplicação do direito.

b) O problema no contexto do alargamento da arbitragem aos litígios que envolvem a apreciação da legalidade dos actos administrativos

As preocupações que antes expressámos em matéria de transparência e da importância deste valor no actual modelo de administração valem também, e até de forma mais intensa, quanto ao alargamento do âmbito da arbitragem à apreciação de litígios que envolvem a apreciação da legalidade dos actos administrativos. Mas aqui surgem ainda preocupações adicionais.

Queremos, sobre esta matéria, sublinhar, num primeiro ponto, que acompanhamos os que defendem que a arbitragem administrativa é um “*modo jurisdiccional de resolução de conflitos*” e, nessa medida, se afasta dos meios alternativos de resolução de litígios (como a mediação e a transacção). Também para nós a arbitragem se apresenta como um simples meio alternativo à via judicial, semelhante a esta “em espécie” nos casos em que não é admissível ou não é permitida a decisão segundo juízos de equidade¹⁷ (uma vez válido e eficaz o

¹⁷ É o que acontece, por exemplo, no artigo 2º, nº 2 do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, onde se estabelece que “os tribunais arbitrais decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade”.

compromisso arbitral¹⁸), mas não “em género”, pois na arbitragem assiste-se a uma privatização institucional da decisão ou a uma desinstitucionalização da decisão. E é esta diferença “de género” que justifica as nossas reservas.

Com efeito, a *arbitragem* não é, como alguns autores propõem, um meio adequado para o controlo dos actos discricionários da Administração, considerando que estes são um domínio disponível, no qual a mesma pode, por via da arbitragem, encarregar terceiros de se “substituírem” a ela na determinação da melhor decisão. Assim, e na perspectiva em que nos colocamos, a arbitragem é apenas uma alternativa ao uso da via judicial estadual para dirimir um litígio emergente de relações jurídico-administrativas sempre e quando o legislador admita a sua utilização.

Partindo deste pressuposto, não subscrevemos a tese de que a invalidade dos actos administrativos há-de integrar o contencioso administrativo por natureza e, nessa medida, ser uma questão que tem de estar subtraída à arbitragem por constituir um núcleo essencial, constitucionalmente conformado, da jurisdição dos tribunais administrativos.

Mas também não acompanhamos aqueles que não encontram argumentos para excluir estas matérias do objecto da arbitragem: (i) seja por considerar que hoje o “esbatimento” da diferença entre o direito público e o privado perde sentido e, nessa medida, perde sentido a subtracção destas matérias do âmbito da arbitragem; (ii) seja por considerar que uma vez aceite a solução de arbitrabilidade global dos litígios relativos a um contrato, onde inevitavelmente se inclui a apreciação dos actos prévios e dos actos de execução dos mesmos, não faz sentido distinguir entre actos que podem ser

¹⁸ No mesmo sentido, por todos, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, **A arbitragem no Direito administrativo português**, in *La contratación pública en el horizonte de la integración Europea*, V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo, INAP, 2004, pp. 103-104.

apreciados em sede arbitral e actos que não podem (mesmo que a diferença seja entre a apreciação directa sua validade ou a apreciação prejudicial ou incidental com efeitos circunscritos ao caso¹⁹); (iii) seja por considerar que uma vez admitido o princípio da fungibilidade entre o uso do acto e do contrato não faz sentido que a opção por uma das formas (o acto) condicione posteriormente a escolha quanto ao meio para a resolução do litígio, pois essa diferença não é fundada em razões substanciais; (iv) seja ainda por considerar que se são arbitráveis as questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade (critério da disponibilidade), por maioria de razão e com menos ingerência no âmbito da função administrativa não-de ser também arbitráveis as invalidades dos actos administrativos.

Aliás, os argumentos da última tese podem ser respondidos, também, com a redução do âmbito da arbitrabilidade da actividade administrativa, designadamente, com a revogação da alínea c) do artigo 180º do CPTA na sua redacção prévia à reforma.

A questão que aqui nos interessa sobretudo discutir é se a arbitrabilidade dos actos administrativos é uma solução adequada em termos sistémicos em face das novas colocações do princípio da separação de poderes e da evolução ou das tendências recentes do direito administrativo.

Vejamos, em síntese, as nossas proposições.

O controlo jurisdicional da actividade administrativa em sistemas políticos “saudáveis” e sem patologias graves devia hoje ser concebido como um meio circunscrito à protecção dos direitos subjectivos dos administrados. É essa a solução adoptada em sistemas de *common*

¹⁹ Recorde-se, de resto, que a tese da admissibilidade da arbitrabilidade dos actos de forma prejudicial ou incidental nos processos arbitrais respeitantes a contratos já tinha feito o seu caminho “à boleia” da tese do conhecimento incidental da legalidade dos actos no contexto das acções relativas à responsabilidade civil por actos ilícitos, reforçando a nossa tese de que a extensão da arbitrabilidade entre nós é uma força expansiva insaciável.

law, onde a definição das orientações políticas é controlada por instrumentos e instâncias ajustadas ao controlo que se impõe nestas fases²⁰, quer para garantir a eficiência, quer para garantir a correcção técnica da decisão, quer para garantir a conformação política da escolha²¹, contrariamente ao que acontece entre nós, onde se vem agravando a tendência para a jurisdicionalização de litígios que, no seu âmago, se resumem à contestação na via judicial de opções políticas legítimas das entidades públicas²².

Ora, entre os argumentos que têm sido aventados a favor do alargamento das matérias que podem ser objecto de arbitrabilidade (em

²⁰ Para uma visão do problema a partir do direito comparado v. JOHN BELL, **Comparative administrative law**, REIMANN/ZIMMERMANN, **The Oxford Handbook of Comparative Law**, 2006, pp. 1280-1281.

²¹ Referimo-nos ao que no sistema norte-americano se qualifica como *discretion* ou *discretionary power* para efeitos de *judicial review* em matéria de actos das entidades administrativas. Para o sistema de *common law*, o *discretionary power* é o espaço de decisão (*authority*) das agências e das entidades administrativas dentro de certos parâmetros, os quais são estabelecidos por lei e interpretados pelos tribunais – BEATSON *et alii*, **Administrative Law**, 4ª ed., Oxford, 2011, pp. 110 e segs.

Recentemente, esta questão voltou a ser muito discutida pelos autores a propósito do caso *Kelo v. City of New London*, quando o *Supreme Court* considerou que a afectação coactiva de um terreno a uma finalidade económica prevista num plano de desenvolvimento devia integrar o conceito de “*public use*”, mesmo que esse acto implicasse, como era o caso, a transferência forçada da propriedade privada do bem (*eminent domain*) de um titular privado para outro (ressalvado, como é óbvio, o pagamento do justo valor do bem), com o objectivo de garantir a execução do referido plano, não podendo este acto ser considerado uma violação da “quinta emenda” (proibição de expropriação ilegal *taking clause*). Discutia-se apenas a legitimidade do acto que impunha a transferência forçada, mesmo garantindo o pagamento do valor do bem. No fundo, o tribunal veio reconhecer que esta decisão de expropriação (no nosso caso equivalente à declaração de utilidade pública) faz parte do *mínus público* do poder executivo (garantir as condições adequadas para a realização dos planos de desenvolvimento económico), pelo que não pode considerar-se uma violação de um direito fundamental – v. AMANDA M. OLEJANSKI, **Administrative Discretion in Action: A Narrative of Eminent Domain**, Lexington Books, 2013.

²² Para maiores desenvolvimentos v. o nosso, **Ética e sustentabilidade financeira: a vinculação dos tribunais**, in *Revista Direito & Política*, nº 7 (em publicação).

especial a apreciação da validade dos actos administrativos), conta-se o da especialização dos árbitros, que assim poderão corresponder de forma mais adequada à resolução do litígio. Solução que consideramos pernicioso, pois se o problema é de natureza técnica ou científica, o controlo (interno – auto-controlo – ou externo – hétero-controlo) há-de ser especializado, mas há-de localizar-se no plano intermédio e não na fase posterior à decisão. No controlo jurisdicional do acto (da decisão) somos confrontados com o controlo da “escolha”, ou seja, o objecto sindicado tem uma natureza complexa e está associado à função de decisão de uma entidade pública, pelo que este já não é o momento adequado para juízos aprofundados de natureza especializada maioritariamente circunscritos a aspectos parciais da decisão.

Neste contexto, a apreciação da validade das decisões administrativas (seja pela via judicial, seja pela via arbitral) não pode perturbar a “autoridade” dessas decisões nem neutralizar ou interferir com a “escolha eficiente”, sempre que esteja em causa uma escolha entre opções igualmente legítimas. Este limite à permeabilidade do controlo da actividade administrativa, que tem a sua origem, como já dissemos, no princípio da separação de poderes, reconduz-se hoje a um universo problemático mais abrangente do que a tradicional separação entre actos políticos e actos administrativos.

Com efeito, a “autoridade” apresenta-se nos nossos dias, de forma mais vincada, como “o espaço de valoração próprio da Administração”, um espaço que não se esgota na típica discricionariedade, mas estende-se, necessariamente, por efeito do alargamento do âmbito da função administrativa²³, também à liberdade de conformação na

²³ Este alargamento é o resultado da transformação da *função administrativa*, actualmente chamada a identificar o interesse público prevalecente em diversos sectores privatizados, através de um esquema funcional e dogmático muito distinto daquele que caracterizou o Estado moderno, pois nestas novas vestes a Administração não actua apenas na intermediação do princípio da legalidade (realização de uma política definida a partir da democracia representativa), mas sim

harmonização dos interesses em conflito, de planeamento e de realização (no sentido finalístico) do interesse público²⁴.

Queremos com isto destacar que a ênfase da “autoridade” da Administração não deve recair, pela negativa, sobre o sentido de poder que lhe está associado (promoção do interesse público sob uma fonte de legitimação democrática) e, nessa medida, sobre a “ameaça” ou o “perigo” daí decorrente para o destinatário da decisão (titulares de direitos e interesses legítimos), mas sim, pela positiva, sobre o carácter *irrepetível* de um juízo que, sendo formado em condições procedimentalmente adequadas (expressão de uma *potentia* e não apenas de uma *potestas*, que respeitando o *fair procedure* se apresenta como um poder infra-estrutural²⁵), nunca

em concorrência ou lateralmente a este, legitimando as suas decisões a partir do seu *modus operandi* (o novo direito administrativo corresponde a uma “pretensão de produzir cientificamente uma política «correcta»”, na expressão de RAINER WAHL, **Los últimos cincuenta años de derecho administrativo alemán**, Marcial Pons, 2013, p. 144), assente sobre um conceito relacional do poder, típico da complexidade pós-moderna, que procura uma racionalização dos factores de decisão para lá dos elementos normativos modernos – é esta a caracterização do novo direito administrativo e dos seus protagonistas v., por todos, VOSSKUHLE, **Neue Verwaltungsrechtswissenschaft**, HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, **Grundlagen des Verwaltungsrechts I**, Beck, München, 2006, pp. 1 e segs (20).

²⁴ Sobre os novos limites ao controlo judicial da actividade administrativa v. SCHOCH, **Gerichtliche Verwaltungskontrollen**, HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, **Grundlagen des Verwaltungsrechts III**, Beck, München, 2009, pp. 845 e segs.

²⁵ Com efeito, a *decisão administrativa* procedimentalmente tomada é a expressão do *trade-off* possível entre os interessados na prossecução do interesse público, avaliado por instituições que o representam, razão pela qual o controlo da mesma não pode ser encarado nem construído como uma última oportunidade para os vencidos naquele *trade-off* poderem fazer prevalecer o seu interesse. Neste ponto, a desinstitucionalização do controlo, intimamente associado à privatização inerente à arbitragem, é uma via desadequada à preservação da autoridade institucional. Não acompanhamos os autores que se bastam com a qualificação dos tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais à luz dos preceitos constitucionais e com a força vinculativa das suas sentenças para daí retirar a *publicatio* da arbitragem voluntária, neutralizando os pontos determinantes da privatização, que são a *escolha* dos árbitros e a “conformação” das regras processuais.

poderá ser reproduzido ou substituído em ambiente de controlo judicial ou jurisdicional. Mesmo no plano normativo, os *standards* utilizados no momento do controlo da decisão (em regra posterior a esta) são sempre muito insuficientes quando comparados com os *standards* disponíveis no momento da tomada de decisão²⁶, insuficiência que se agrava exponencialmente se estivermos perante decisões jurisdicionais que lidam com a antecipação de efeitos de decisões administrativas (acções inibitórias).

O mesmo é válido quando queremos salvaguardar a “escolha eficiente”, ou seja, a ponderação custo-benefício no domínio da implementação das políticas públicas, uma questão na qual o controlo jurisdicional, a nosso ver, não deve igualmente imiscuir-se, desde logo por não dispor dos instrumentos adequados a este tipo de controlo²⁷. Uma tendência que propende, todavia, a tornar-se efectiva quando as soluções processuais adoptadas visam transformar o controlo dos actos da Administração em uma espécie de poder *moderador permanente da actividade administrativa*²⁸, como de resto sugerem alguns cultores das formas mais intensas da supervisão no Estado regulador²⁹.

Esta compreensão do controlo como “*moderador permanente*”

²⁶ É por isso difícil compreender que o reforço da tecnocracia, da Administração em rede, dos sistemas de controlo, revisão, supervisão e fiscalização das decisões administrativas no contexto nacional, europeu e internacional, possam ser acompanhados de uma redução dos limites funcionais do controlo judicial ou arbitral – no mesmo sentido v. CHRISTOPH MÖLLERS, **The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers**, Oxford University Press, 2013, pp. 142 e segs.

²⁷ Para uma visão global das decisões fundadas em critérios de eficiência por contraoposição às diversas teorias da justiça v. KLAUS MATIS, **Efficiency instead of justice?**, Springer, 2009.

²⁸ Posição que não rejeitamos, como dissemos, se ficar reservada para formas de autocontrolo ou de hétero-controlo intermédio de base técnica.

²⁹ Por todos, WOLFGANG KAHL, **Die Staatsaufsicht**, Mohr Siebeck, 2000.

não pode ser aplicável ao controlo judicial, limitado funcionalmente no seu juízo de fiscalização das decisões administrativas. Assim, devemos questionar se faz sentido que esta compreensão possa ser mobilizada na defesa do controlo arbitral dos actos administrativos pela circunstância de ao tribunal arbitral não estar vedado pela lei a mobilização de juízos de equidade³⁰? Rejeitamos esta solução e todos os argumentos que a sustentam, os quais, a seu modo, se mostram dispostos a acomodar no sistema uma “dupla ética”.

Por todos estes argumentos, rejeitamos a tese da arbitrabilidade dos actos administrativos – em nossa opinião, a reforma deve inclusive ser vista como uma oportunidade para revogar a alínea c) do artigo 180º, nº 1 do CPTA – uma rejeição que em especial se funda nos efeitos que desta opção decorrem para o princípio da separação de poderes³¹ e para o equilíbrio do sistema constitucional de organização institucional do poder.

2. A arbitragem das “questões jurídico-administrativas” no contexto da política de justiça em Portugal

As considerações que nos propusemos fazer envolvem ainda umas notas breves sobre as soluções propostas e o confronto com o sistema de justiça português.

³⁰ Referimo-nos à aplicação no âmbito da arbitragem administrativa do disposto no artigo 39º, nº 1 da LAV, disposição que não é afastada por nenhuma norma especial.

³¹ Como explica Loughlin, o poder público existe em todos os sistemas, incluindo nos sistemas de *common law*, e é essencial à função executiva (a “autoridade” positiva a que já nos referimos), razão pela qual a salvaguarda da sua natureza é um elemento indisponível no *puzzle* da separação de poderes, mesmo no actual quadro da colaboração dos privados na realização das tarefas públicas, sob a regulação pública – MARTIN LOUGHLIN, **Foundations of Public Law**, Oxford University Press, 2010.

Efectivamente, as reformas do contencioso administrativo (e das leis estruturantes da função administrativa em geral) não têm sido acompanhadas de *estudos interdisciplinares* que ajudem a compreender e a fundamentar as soluções propostas: (i) não se conhecem estudos de impacte e análise económica das soluções existentes e dos resultados esperados com as alterações propostas³²; (ii) não se conhecem estudos sociológicos elaborados em bases científicas sobre o comportamento litigante dos administrados e dos interessados em face das diversas vias e meios processuais disponíveis; (iii) não se conhecem reflexões argumentativas de legitimação das soluções propostas em função dos indicadores internacionais para a área da justiça³³; (iv) não se conhecem sequer estudos estatísticos sobre a arbitragem em direito administrativo.

Assim, valem aqui as considerações que antes expendemos a propósito da “nova ciência do direito administrativo” e do modo como as decisões hoje se devem legitimar pelo seu conteúdo técnica e cientificamente informado do qual deflui a respectiva “autoridade”, sendo manifestamente insuficiente que estas reformas se continuem a bastar com o mandato político, a consulta pública e a barganha com os grupos de interesses – também este legislador falha na passagem para o direito público do séc. XXI!

³² No máximo encontramos considerações vagas sobre o nível de pendências, a duração excessiva dos processos judiciais, mas nenhuma delas sustentada nas melhoras técnicas e práticas hoje disponíveis nas ciências sociais, que para este efeito se apresentam como verdadeiras ciências auxiliares do direito. Segundo informações da Fundação Francisco Manuel dos Santos, está neste momento em elaboração um estudo sobre “A congestão judiciária na Europa – A eficiência dos tribunais numa perspectiva quantitativa e comparada”, mas os seus resultados não chegarão certamente a tempo de ter um contributo útil para esta reforma.

³³ Os indicadores para a área da justiça, em regra associados ao modelo de Knack e Keefer para a interpretação do *International Country Risk Guide*, são: *quality of bureaucracy, corruption in government, rule of law, expropriation risk and repudiation of contracts by government* – v. KEVIN DAVIS *et alii* (ed.), **Governance by Indicators**, Oxford University Press, 2012, p. 175.

E a ausência destes estudos impossibilita-nos de, nestas considerações, ir além de algumas colocações gerais que, porém, se nos afiguram pertinentes: (i) sendo Portugal um país onde a média de juizes por habitante é das mais elevadas da Europa³⁴, como se justifica a necessidade de alargar o âmbito da arbitragem administrativa com fundamento na necessidade de imprimir maior celeridade aos processos?; (ii) se a explicação para a duração excessiva dos litígios em tribunal resulta da complexidade da lei processual ou do excesso de garantias dos administrados, devemos concluir que esta opção pelo alargamento da arbitragem enquanto resposta àquele problema é o reconhecimento pelo legislador da sua incapacidade para melhorar a qualidade das leis processuais?; (iii) se o fundamento para o alargamento da arbitrabilidade a novas matérias é resultante da maior especialização dos processos, e se esta via corresponde a um “risco constitucional”³⁵, onde é que se fundamenta a *necessidade* (critério

³⁴ Segundo os dados da Pordata, existem em Portugal 17,4 juizes por 100.000 habitantes. Um número impressionante, que leva os autores a defender que o problema da justiça em Portugal passa pelo sistema de autogoverno adoptado para as magistraturas – v. NUNO GAROUPA, **O Governo da Justiça**, FFMS, 2011.

³⁵ A expressão “risco constitucional” é aqui utilizada no sentido de risco de perturbação ao balanceamento equilibrado dos poderes, colhendo os subsídios do pensamento de Vermeule. A obra de Adrian Vermeule apresenta-nos a tese de que a ordem constitucional é o “sistema dos sistemas” e o seu bom funcionamento repousa sobre alguns princípios da teoria dos sistemas, originários de áreas como a biologia e a ciência computacional (**The System of the Constitution**, Oxford, 2011). Isso significa que uma modificação ou uma mutação decorrente do comportamento de indivíduos que exercem funcionalmente um dos poderes pode ter consequências intrasistémicas relevantes na ordem constitucional. O autor desenvolve outras duas subteses: a de que o limite da racionalidade da decisão jurídica, imposto, por exemplo, pela análise económica – um dos paradigmas de controlo da eficiência – não deve ser utilizado como fundamento para ampliar a margem do controlo judicial (**Law and Limits of Reason**, Oxford, 2009) e a de que uma intervenção do juízo de controlo constitucional tem como limite imanente a capacidade que as Instituições revelam para gerir o risco político (**The Constitution of Risk**, Cambridge, 2014).

do meio menos lesivo) da medida face às outras soluções igualmente adequadas e menos “arriscadas”, como a instituição de carreiras para assessores dos magistrados ou a criação de entidades especializadas para o controlo intermédio independente?

Na verdade, o alargamento da arbitrabilidade, iniciado em 2002 e que agora se pretende aprofundar, consubstancia, a nosso ver, uma solução original do direito português (olhando à experiência comparada no plano europeu e internacional, tem um âmbito paroquial), que corresponde a uma “tendência da moda”, a qual não só revela uma incapacidade política e técnica para solucionar os verdadeiros problemas do sistema judicial nacional, mas que pela falta de meios e instrumentos adequados a garantir a sua *idoneidade objectiva*, representa um risco sistémico no quadro do modelo de organização político-económico nacional. Em nosso entender, a resposta aos desafios actuais em matéria de justiça relativa e de segurança jurídica que as comunidades complexas reclamam não passa pela privatização do controlo jurisdicional, no sentido de uma aproximação deste à individualidade, mas antes pela institucionalização e objectivação dessa “intersocialidade”³⁶.

³⁶ Acompanhamos a posição de Loughlin quando o autor afirma que “o caminho” do futuro do direito público no actual contexto, onde a separação de poderes no plano nacional se apresenta esbatida no contexto da internacionalização e da europeização, passa maioritariamente por trabalhar o conceito de direito objectivo de Duguit no quadro da “arena intersocial”, e isso implica, necessariamente, uma institucionalização mais do que uma substantivização do direito, pelo que também o acompanhamos na rejeição de propostas recentes no sentido do constitucionalismo societário ou da humanização do direito internacional – MARTIN LOUGHLIN, **Foundations of Public Law**, Oxford University Press, 2010, pp. 464-465.