

PRINCIPAIS CONCLUSÕES DA CONFERÊNCIA: *ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA — PROBLEMAS E DESAFIOS*

Pelos Doutor Ricardo Pedro
Dra. Fernanda de Almeida Pinheiro
Dr. Raul Relvas
Dr. José Duarte Coimbra
Dr. Vasco Moura Ramos
Dr. António Mendes Oliveira
Doutor António Pedro Pinto Monteiro
Dr. Simão Mendes de Sousa

A arbitragem administrativa é um tema de relevância crescente no campo do direito público, que levanta importantes questões e desafios para os profissionais e académicos da área. Com o objetivo de explorar essas questões e promover um debate aprofundado, o *Lisbon Public Law Research Center* (LPL) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Ordem dos Advogados organizou a *Conferência sobre Arbitragem Administrativa: Problemas e Desafios*, sob a coordenação do Doutor Ricardo Pedro, Investigador do LPL, que teve lugar dia 23 de maio, no Salão Nobre da Ordem dos Advogados.

A abertura da Conferência contou com a participação da Senhora Bastonária da Ordem dos Advogados, Dra. Fernanda de Almeida Pinheiro, que fez uma breve introdução ao tema da arbitragem administrativa da perspetiva da advocacia.

O primeiro painel foi moderado pelo Doutor Ricardo Pedro e contou com a intervenção do doutorando Raul Relvas, que apresentou o tema da convenção de arbitragem; seguiu-se a intervenção do doutorando José

Duarte Coimbra, que versou sobre os desafios e implicações da impugnação das decisões arbitrais e, por fim, interveio o Dr. Vasco Moura Ramos, que explorou o tema da publicidade das decisões arbitrais.

O segundo painel foi moderado pela ilustre Professora Doutora Carla Amado Gomes, e contou com a intervenção do senhor juiz António Mendes Oliveira sobre o estatuto dos árbitros, seguiu-se a intervenção do Professor Doutor António Pedro Pinto Monteiro, que abordou o tema do papel do secretário arbitral e, para finalizar, teve lugar a intervenção do doutorando Simão Mendes de Sousa, que tratou de alguns dos aspetos mais problemáticos da arbitragem em matéria de contratos públicos.

Intervenção da Senhora Bastonária da Ordem dos Advogados

Ex.^{mo} Senhor Doutor Ricardo Pedro,
Ex.^{mo} Senhor Doutorando Raul Relvas,
Ex.^{mo} Senhor Doutorando José Duarte Coimbra,
Ex.^{mo} Senhor Dr. Vasco Moura Ramos,
Ex.^{ma} Senhora Professora Doutora Carla Amado Gomes,
Ex.^{mo} Senhor Doutor Juiz António Mendes Oliveira,
Ex.^{mo} Senhor Professor Doutor António Pedro Pinto Monteiro,
Ex.^{mo} Senhor Doutorando Simão Mendes de Sousa,
Ex.^{mos} e Ex.^{mas} Colegas,

Agradecendo, desde logo, a todos e a todas a presença nesta conferência, não posso deixar, contudo, deixar de dirigir uma primeira palavra de apreço aos ilustres oradores que aceitaram o convite, disponibilizando-se, assim, com o seu reconhecido saber, a dar um meritório contributo para a discussão e reflexão destas matérias que hoje aqui irão ser abordadas.

Sendo pública e notória, de há muitos anos a esta parte, a crescente morosidade na justiça administrativa com o avolumar de pendências processuais que entopem os tribunais administrativos e fiscais, e assumindo-se, assim, a arbitragem administrativa como uma alternativa aos meios processuais ditos convencionais, é, efectivamente, importante a análise e o debate sobre o tema, como resposta aos desafios que esta realidade coloca, designadamente até na perspectiva do advogado, na condução do mandato

que lhe é outorgado, na cogitação da melhor via e solução que acautela os interesses do cliente que o procura.

Pode, nessa mesma perspectiva, assumir-se como uma alternativa viável aos meios tradicionais de resolução de conflitos e no combate ao paradigma de uma justiça burocrática, pouco eficiente e que não satisfaz, em pleno, pelas vicissitudes sabidas, os interesses dos cidadãos e das cidadãs que recorrem à justiça administrativa para ver os seus problemas solucionados.

Mas, para que tal aconteça, torna-se necessário que esta solução seja objecto de reflexão profunda e maturada análise sobre o regime jurídico implementado, sobre os desafios que encerra e — acima de tudo — se o modelo que, actualmente, é acolhido no ordenamento jurídico responde, de forma eficaz e cumpre o seu fito de salvaguardar o direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional, em cumprimento do comando constitucional ínsito no artigo 18.º da CRP.

É, pois, imperioso proceder a uma reavaliação e reponderação da arbitragem administrativa, identificando as vicissitudes e as fragilidades do recurso à resolução arbitral de litígios, de modo a que não se subvertam as finalidades de salvaguarda de uma justiça célere e eficiente e de interesse público para a qual foi desenhada e a que deve, impreterivelmente, estar sempre vinculada, garantido sempre o respeito pelo contraditório e pela igualdade de partes e demais princípios que devem reger, de igual modo, o processo de arbitragem administrativa.

Estou certa que, com o inestimável contributo de todos os presentes em ambos os painéis, assente numa discussão viva e profícua sobre o tema, se alcançará tal desiderato.

Formulo os meus desejos de um bom trabalho a todos e a todas.

Muito obrigada!

A Bastonária

FERNANDA DE ALMEIDA PINHEIRO

Deixam-se de seguida as principais conclusões das referidas intervenções:

1. Na intervenção sobre a convenção de arbitragem propôs-se uma reflexão sobre a convenção de arbitragem em Direito Administrativo centrada em três planos: os seus principais efeitos, os espaços de conformação administrativa no recurso à arbitragem e a vinculação teleológica da Administração ao interesse público. Principiando por uma caracterização geral da figura no espaço jurídico-administrativo, o orador referiu-se aos seus elementos constitutivos, abordou os seus principais efeitos, nos planos processual e material, e questionou a sua natureza jurídica. Do enquadramento traçado resultou, entre o mais, e em termos gerais, a verificação da insuficiência do regime legal em vigor e, nesse contexto, a necessidade de uma reponderação da disciplina da arbitragem administrativa.

De seguida, o orador procedeu à delimitação dos espaços de conformação administrativa no recurso à arbitragem, analisando a competência de vinculação da Administração à resolução arbitral de litígios em matéria administrativa. Nesse particular, traçou os contornos da autonomia pública para decidir sobre o recurso à arbitragem, para definir os termos em que a Administração se vincula à jurisdição arbitral e para escolher a forma jurídica de vinculação, explicitando as principais vinculações a observar nesses domínios e questionando a suficiência das mesmas para um modelo adequado e coerente de arbitragem administrativa.

Na terceira parte da sua intervenção, o orador sublinhou que o recurso à arbitragem pela Administração Pública deve ser enquadrado no plano da sua vinculação ao interesse público, sublinhando que as escolhas que a Administração fizer devem, sob pena de invalidade, poder ser referidas à prossecução de um fim de interesse público. Neste sentido, tanto a opção de base pela via arbitral como a definição dos termos em que a Administração se vincula à arbitragem devem resultar de um juízo valorativo sobre a *melhor* jurisdição para o caso concreto, atendendo às especificidades do mesmo e em vista do interesse público. Também aqui os contributos normativos para orientar a Administração são escassos, de tudo resultando a conveniência de se desenvolver o regime jurídico da arbitragem administrativa.

2. Na intervenção sobre os desafios e implicações da impugnação das decisões arbitrais defendeu-se que talvez mais do que na arbitragem civil e comercial, o tema dos meios de impugnação de decisões arbitrais é crucial na perspetivação das relações entre a arbitragem administrativa e a

justiça estadual. Se no caso da ação de anulação o quadro legislativo se tem mantido estável, com uma remissão integral para os casos e termos previstos na Lei da Arbitragem Voluntária, o mesmo não sucede em relação aos recursos.

Na base da muito divulgada — mas não incontestável — premissa segundo a qual a arbitragem administrativa reclamaria mais vias de recurso do que as previstas na arbitragem civil e comercial, o legislador tem efetivamente intervindo no sentido de criar vias recursivas próprias, com fundamento legal, hoje com assento nos arts. 185.º-A e 180.º/3, a) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e 476.º/5 do Código dos Contratos Públicos.

O modo como o tem feito, porém, deixa ao intérprete um alargado número de dúvidas, sobretudo sob o ponto de vista do concreto regime a aplicar. Acresce que a manutenção dessas múltiplas vias de recurso, de pertinência não equivalente, também merece ser questionada. A apresentação fez o diagnóstico do estado da arte e apontou vias possíveis de solução para superar os desafios trazidos pela difícil malha legislativa que hoje grassa nesta matéria.

3. Na intervenção sobre o tema da publicidade das decisões arbitrais concluiu-se que, em 2015, o legislador português decidiu, tal como tinha já feito antes em se de arbitragem tributária, mas rompendo com as regras vigentes em sede de arbitragem voluntária, que as sentenças proferidas em arbitragens administrativas. Aquela opção legislativa foi aplaudida pela generalidade da doutrina. Com efeito, e num momento em que o legislador decidiu também alargar substancialmente o âmbito das matérias subsumíveis a arbitragens administrativas — admitindo, desde logo, que os litígios relativos à validade de atos administrativos fossem subsumíveis a arbitragem —, a publicitação das arbitragens administrativas foi encarada como a melhor forma de garantir a transparência das decisões que viessem a ser proferidas, contribuindo desse modo para afastar a desconfiança com que o público encara estes processos.

Aquela opção correspondeu, também, à concretização de um dos princípios constitucionais respeitantes ao funcionamento dos Tribunais (e, recorde-se, nos termos da Constituição da República Portuguesa, os tribunais arbitrais são umas das categorias de Tribunais constitucionalmente previstos): o princípio da publicidade. Surpreendentemente, no entanto, a opção legislativa do legislador não foi acompanhada das iniciativas necessárias a operacionalizar aquela decisão, uma vez que o Governo não instituiu os meios necessários a concretizar aquela obrigação. Foi só em 2020,

já depois de uma outra alteração legislativa ocorrida em 2019, que finalmente foi aprovada a portaria que veio operacionalizar a publicitação das sentenças arbitrais em matéria administrativa.

Escrutinando as sentenças entretanto publicadas (entre as quais quase só se encontram sentenças arbitrais proferidas no seio de um concreto Centro de Arbitragem), existem motivos para suspeitar que a obrigação legal de publicitar as sentenças arbitrais administrativas não estará a ser devidamente respeitada. A isso acresce que o modo como as sentenças estão a ser publicitadas, anonimizando a identidade das partes e, pasme-se, a própria identidade dos autores de votos de vencido, não respeita as exigências legais, motivo pelo qual se pode concluir que, não obstante os progressos verificados nesta matéria nos últimos anos, existe ainda um longo caminho a percorrer para tornar efetiva a obrigação legal de publicitar as sentenças arbitrais, de modo a garantir a transparência desses processos.

4. A intervenção dedicada ao estatuto dos árbitros veio a concluir que, do estudo realizado, acerca do estatuto dos árbitros no âmbito da arbitragem administrativa, nomeadamente acerca dos impedimentos e deveres a que estão sujeitos se pode concluir o seguinte.

Primo, os árbitros estão sujeitos aos impedimentos e deveres previstos no Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), dentro e fora do catálogo legal, e bem assim aos princípios e normas do direito arbitral de aplicação imperativa.

Secundo, a aplicação dos impedimentos e deveres previstos no RJAT deve fazer-se com as necessárias adaptações, e não de forma subsidiária, o que acarreta a aplicação de todas as normas previstas sobre os deveres e os impedimentos, com exceção das que sejam exclusivas do âmbito tributário, e que não encontrem lugar equivalente no âmbito administrativo, ou seja, cuja aplicação seja objetivamente impossível ou inviável.

Tertio, a aplicação daqueles impedimentos e deveres do RJAT pode ser total, aplicando-se a toda a arbitragem administrativa, incluindo a arbitragem institucionalizada e *ad hoc*, ou parcial, aplicando-se apenas à arbitragem institucionalizada.

Quarto, a *ratio* dos impedimentos e deveres do RJAT concatena-se, na sua maioria, com disposições deontológicas existentes no Estatuto da Ordem dos Advogados, como as respeitantes aos conflitos de interesses.

Quinto, o dever de revelação, pese embora não esteja expressamente previsto no RJAT, aplica-se à arbitragem e aos árbitros administrativos,

como corolário dos princípios e normas do direito processual e arbitral de aplicação imperativa (*ius cogens*).

5. Da intervenção dedicada ao tema do Secretário da arbitragem são de destacar as seguintes conclusões fundamentais. Partindo da premissa de que “a arbitragem vale o que valem os árbitros” fica bem patente a importância que os árbitros assumem em qualquer processo arbitral. O sucesso ou insucesso da arbitragem dependerá, muitas vezes, da qualidade dos árbitros escolhidos, o que explica que esta escolha seja considerada um momento decisivo.

Não obstante a importância que os árbitros revestem (sendo considerados um dos atores principais de qualquer processo arbitral), em várias situações existe um ator secundário cujo papel pode assumir grande relevância, não devendo ser esquecido: o secretário do tribunal arbitral. E quem é o secretário do tribunal arbitral? Muito resumidamente, estamos a falar de alguém que auxilia o tribunal arbitral na sua missão de julgar o litígio, podendo ser chamado a desempenhar diferentes tarefas.

Figura pouco estudada na doutrina, o secretário pode assumir um papel muito importante, que não deve ser subestimado. Alguns autores chegam, aliás, a questionar se, em certos casos, o secretário não será um quarto árbitro ou um “árbitro sombra” (questão discutida, em particular, no âmbito do conhecido “caso *Yukos*”, por referência a uma arbitragem que decorreu no *Permanent Court of Arbitration*, em Haia).

Com esta intervenção na conferência “Arbitragem Administrativa: Problemas e Desafios”, pretende-se chamar a atenção para a figura do secretário arbitral e para as diversas questões que se colocam com a sua atuação na arbitragem. O papel do secretário exige efetivamente um maior estudo e reflexão, atendendo à importância que o desempenho das suas funções pode assumir para o reforço da credibilidade e das vantagens da arbitragem como meio de resolução alternativa de litígios.

6. A intervenção sobre o tema da arbitragem em matéria de contratos públicos veio a concluir que o regime decorrente do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que reviu profundamente o Código dos Contratos Públicos (CCP), trouxe uma importante mudança de paradigma relativo à arbitragem em matéria de contratos públicos.

Ao regime decorrente da reforma a Doutrina direcionou todo o tipo de críticas, nomeadamente, por não se afigurar claro se nos encontrávamos diante de uma arbitragem necessária ou se, contrariamente, ainda poderíamos considerar que nos encontrávamos diante de um mecanismo de arbi-

tragem voluntária; se o regime se afigurava compatível com a Constituição da República Portuguesa; ou, ainda, saber se o regime não inviabilizaria o recurso à arbitragem *ad hoc* mercê da assumida preferência pela arbitragem institucionalizada.

Crê-se que o cerne da questão se prende com a eventual compatibilidade constitucional do n.º 2 do art. 476.º do CCP em virtude da margem de discricionariedade absoluta que é conferida à entidade adjudicante para recorrer à arbitragem sem qualquer tipo de fundamentação podendo, em tese, excluir o concorrente que não pretenda submeter um eventual litígio à arbitragem. Assim, entende-se defensável a possibilidade de considerar incompatível com a Constituição o regime decorrente do art. 476.º, n.º 2, desde logo pela possibilidade de exercício arbitrário do poder discricionário por parte da Administração, mas também pela difícil compatibilização de uma interpretação literal do preceito com os princípios da igualdade e da proporcionalidade em sentido amplo.