

Novas fronteiras da arbitragem administrativa em Portugal

Congresso Luso-Brasileiro – Arbitragem em Direito Público

João Tiago Silveira

1 de março de 2018



MLGTS LEGAL CIRCLE

Member

LexMundi
World Ready

MORAIS LEITÃO
GALVÃO TELES
SOARES DA SILVA

Sumário

1. O ponto de situação
2. A arbitragem administrativa vale a pena?
3. Potencialidades de crescimento da arbitragem administrativa
4. Uma condição: a credibilização da arbitragem administrativa *ad hoc*

1. O ponto de situação

- Lei permite arbitragem administrativa com grande amplitude em várias matérias (artigos 180.º e segs CPTA e artigo 476.º CCP)
 - Contratos, incluindo contencioso pré-contratual (artigos 180.º-1-a) e 180.º-3 CPTA; artigo 476.º CCP)
 - Responsabilidade civil extracontratual, exceto responsabilidade por atos legislativos ou exercício da função jurisdicional (artigos 180.º-1-b) e 185.º-1 CPTA)
 - Questões relativas à validade de atos administrativos (artigo 180.º-1-c) CPTA)
 - Questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional (artigo 180.º-1-d) CPTA).
 - ✓ Na arbitragem institucionalizada não existe a limitação relativa a direitos indisponíveis/acidente de trabalho/doença profissional (artigo 187.º-1-c) CPTA)

1. O ponto de situação

- Lei permite arbitragem administrativa com grande amplitude em várias matérias (artigos 180.º e segs CPTA e artigo 476.º CCP)
 - Questões relativas a sistemas públicos de proteção social, quando esteja em causa arbitragem institucionalizada (artigo 187.º-1-d) CPTA)
 - ✓ Na arbitragem *ad hoc* pode aceitar-se, mas tem de se inserir numa das matérias mencionadas no artigo 180.º CPTA
 - Questões de urbanismo, quando esteja em causa arbitragem institucionalizada (artigo 187.º-1-e) CPTA)
 - ✓ Na arbitragem *ad hoc* pode aceitar-se, mas tem de se inserir numa das matérias mencionadas no artigo 180.º CPTA

1. O ponto de situação

- Arbitragem institucionalizada algo desenvolvida, mas com potencial por explorar
 - O caso do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD)
 - ✓ Criado pelo Despacho n.º 5097/2009, de 27/1, do Secretário de Estado da Justiça
 - ✓ Competência:
 - Contratos
 - Relações jurídicas de emprego público
 - Atribuição de apoios financeiros às artes
 - ✓ Resulta de possibilidade aberta pela Reforma do Contencioso Administrativo (artigo 187.º CPTA)
 - ✓ Criação promovida pelo Ministério da Justiça/Composto por sindicatos e confederações empresariais
- Arbitragem *ad hoc* tradicionalmente utilizada em certos casos (empreitadas de obras públicas, concessões de obras públicas), mas “em crise”

2. A arbitragem administrativa vale a pena?

- **Celeridade:** tribunais administrativos frequentemente mais morosos que arbitragem administrativa:
 - Tempo médio nos tribunais administrativos superiores: 16 meses (2015) vs. tempo médio de decisão no CAAD: menos de 4 meses
 - Escassa utilização de mecanismos de agilização processual previstos no CPTA pelos tribunais administrativos
- **Redução de formalidades e foco na substância:** Processos e julgamentos arbitrais com formalismos e formalidades sem valor acrescentado frequentemente reduzidas ao mínimo, quando arbitragem é bem conduzida
- **Transparência:** pelo menos em certos centros de arbitragem/arbitragens, as regras de processo e decisões arbitrais publicadas

2. A arbitragem administrativa vale a pena?

- **Efeito de descongestionamento sobre os tribunais administrativos:** possibilidade de tribunais arbitrais decidirem em matéria administrativa pode ajudar a que tribunais administrativos julguem de forma mais célere

- Matérias que envolvam empresas/questões de contratação pública (contencioso pré-contratual e questões relativas a contratos) são das que mais se prestam à possibilidade de utilização da arbitragem administrativa:

- ✓ Não estão em causa questões que envolvam pessoas singulares, mas empresas e profissionais: relação com garantia de tutela jurisdicional efetiva não se coloca nos mesmos termos

- ✓ Normalmente envolvem questões pouco relacionadas com Direitos Fundamentais

- **Efeito de garantia de melhor tutela jurisdicional efetiva para pessoas singulares:** possibilidade de particular colocar questão/litígio que nunca apresentaria em tribunal administrativo devido ao custo/tempo que envolve

Ex: Questões de funcionalismo público relacionadas com progressões em carreiras tribunais administrativos frequentemente mais morosos que arbitragem administrativa:

2. A arbitragem administrativa vale a pena?

- **Especialização e complexidade técnica elevada:** arbitragem pode permitir a intervenção de árbitros não juristas ou de peritos de forma mais flexível, em casos de elevada complexidade técnica ou de juristas altamente especializados

Ex: contencioso de empreitada de elevado valor que coloque questões técnicas relativas à qualidade da construção ou ao cumprimento do contrato

- **Custos podem ser mais reduzidos:** arbitragem pode ter custos mais reduzidos que nos tribunais administrativos, pelo menos na arbitragem institucionalizada: custas e honorários dos árbitros, em regra, mais baixas quando se trata de relações jurídicas de emprego público e contratação pública - tribunal singular (ver tabela de custas em www.caad.org.pt)

Ex1: processo de 25.000€ - Custos totais do CAAD 306€ vs. Taxa de justiça nos TA 510€ (não abrange todas as custas)

Ex2: processo de 125.000€ - Custos totais do CAAD 1.020€ vs. Taxa de justiça nos TA 1.020€ (não abrange todas as custas)

3. Potencialidades de crescimento da arbitragem administrativa

Áreas com maior potencial para a arbitragem:

- Situações que ajudem a descongestionar tribunais (ex: casos de massa? Questões regulatórias?)
- Casos relacionados com empresas (ex: contratação pública)
- Casos onde solução arbitral contribua para melhor garantia de tutela jurisdicional efetiva de pessoas singulares (ex: funcionalismo público)

3. Potencialidades de crescimento da arbitragem administrativa

3 vias para a utilização do potencial da arbitragem:

- A. Utilizar potencialidades legais existentes
- B. Aceitação da arbitragem administrativa institucionalizada por mais entidades públicas
- C. Preferências legais pela arbitragem

3. Potencialidades de crescimento da arbitragem administrativa

A. Utilizar potencialidade legais existentes

- Exploração mais intensa das possibilidades abertas pela Reforma do Contencioso Administrativo e pelo Código dos Contratos Públicos:
 - Contencioso relativos a contratos, especialmente o pré-contratual (artigos 180.º-1-a) e 180.º-3 CPTA e artigo 476.º CPTA)
 - Sistemas públicos de proteção social (artigo 187.º-1-d) CPTA)
 - Urbanismo (artigo 187.º-1-e) CPTA)

3. Potencialidades de crescimento da arbitragem administrativa

B. Aceitação da arbitragem institucionalizada por mais entidades públicas

- Mais entidades públicas a aceitar a pré-vinculação (artigo 187.º-2 CPTA)
 - Portarias ministeriais podem aceitar previamente tipos de litígios que possam ser submetidos ao CAAD (artigo 187.º-2 CPTA)
 - Criam direito potestativo na esfera dos particulares para apresentação de ações junto de centros de arbitragem institucionalizados
 - Ex1:** Matéria de contratos e emprego público nos serviços e institutos públicos do Ministério da Justiça (Portaria n.º 1120/2009, de 30/9, do Ministro da Justiça)
 - Ex2:** Matéria de contratos, emprego público e apoios financeiros nos serviços e institutos públicos do Ministério da Cultura (Portaria n.º 1149/2010, de 4/11, da Ministra da Cultura)
- Mais entidades públicas e privadas a celebrar compromissos arbitrais (artigo 184.º-1 e 2 CPTA)

3. Potencialidades de crescimento da arbitragem administrativa

B. Aceitação da arbitragem institucionalizada por mais entidades públicas

- Mais entidades adjudicantes a optar pela arbitragem institucionalizada para a resolução de litígios no âmbito de procedimentos pré-contratuais que lancem (artigo 180.º-3 CPTA e artigo 476.º CCP)
 - Caso interessado não aceite a arbitragem, não poderá participar no procedimento
 - ✓ Continua a existir opção, mas implica a impossibilidade de participação no procedimento
 - ✓ Caso apresente proposta, a mesma deve ser excluída nos termos da interpretação conjugada do artigo 476.º e 146.º CCP

3. Potencialidades de crescimento da arbitragem administrativa

B. Aceitação da arbitragem institucionalizada por mais entidades públicas

- Solução não importa qualquer inconstitucionalidade: Acórdãos do TC em matéria de arbitragem necessária na justiça desportiva (acs. TC 230/2013 e 781/2013) não permitem retirar consequências categóricas para este caso:
 - ✓ Não há uma arbitragem necessária imposta por lei
 - Entidade adjudicante pode optar pela arbitragem institucionalizada e condicionar os termos em que os interessados poderão participar no procedimento, mas isso não lhes retira um elemento de escolha que, quanto ao Tribunal Arbitral do Desporto, não existia
 - ✓ Casos do TC versavam sobre arbitragem necessária relativa ao exercício de poderes públicos por entidade privada (órgãos de federações desportivas)
 - Na contratação pública estarão em causa, em regra, entidades adjudicantes públicas

3. Potencialidades de crescimento da arbitragem administrativa

B. Aceitação da arbitragem institucionalizada por mais entidades públicas

- ✓ Estavam em causa poderes de autoridade no exercício de poderes disciplinares, o que foi valorado negativamente pelo TC
 - No caso do CCP não estão em causa atos semelhantes a decisões disciplinares, exceto em situações circunscritas
- ✓ Considerou-se que a necessidade de assegurar uma justiça desportiva não justificaria, em termos de proporcionalidade, uma restrição tão forte ao direito de acesso
 - Peso relativo da necessidade de resolver litígios de forma célere e eficaz em matéria de contratação pública, na qual os tribunais administrativos estão mais congestionados e existem implicações económicas, parece ter um peso superior

3. Potencialidades de crescimento da arbitragem administrativa

C. Adoção de preferências legais pela arbitragem face aos tribunais?

- Poderia ter sido solução no caso do contencioso da contratação pública
- TC aceita arbitragem necessária (acórdãos TC 230/2013 e 781/2013)
- Já existe em certas matérias (ex: indemnização em caso de expropriações; fixação de serviços mínimos em caso de greve, etc)

4. Uma condição: a credibilização da arbitragem administrativa *ad hoc*

Credibilizar a arbitragem *ad hoc*, exigindo estudo, em vez de opções não ponderadas: exigência de condições para a aceitação da arbitragem *ad hoc*, como se fez em matéria de contratação pública (artigo 476.º-3-a) a d) CCP).

- Casos em que é admitida arbitragem *ad hoc* (artigo 476.º-3 CCP):
 - ✓ Complexidade da questão ou valor do procedimento o aconselhe
 - ✓ Inexistência de centros de arbitragem institucionalizado na matéria
 - ✓ Procedimento arbitral em centro de arbitragem institucionalizado não se conforme com regime de urgência do contencioso pré-contratual (artigo 180.º-3 CPTA)
 - ✓ Utilização de arbitragem institucionalizada seria solução mais morosa
 - ✓ Utilização de arbitragem institucionalizada teria custo mais elevado para entidades adjudicantes/contraentes públicos
- Mesmo podendo ser utilizada, é necessário elaborar previamente uma avaliação dos custos da opção pela arbitragem *ad hoc* (artigo 476.º-4 CCP)

Obrigado!

joao.tiago.silveira@mlgts.pt

joao.tiago.silveira@gmail.com

joaotiagosilveira@fd.ulisboa.pt

www.joaotiagosilveira.org



MLGTS LEGAL CIRCLE

Member

LexMundi
World Ready

MORAIS LEITÃO
GALVÃO TELES
SOARES DA SILVA