

O Artigo 476º e o Anexo XII do Código dos Contratos Públicos

O Novo Artigo 19º - A do RAAD do CAAD

“Morning Clauses” na Arbitragem Administrativa ao abrigo do CCP?

8 de Fevereiro de 2018

Promulgação da alteração ao Código dos Contratos Públicos pelo Presidente da República

A presente revisão do Código dos Contratos Públicos – porventura a mais estudada e desenvolvida – constituía uma oportunidade singular para a reponderação de quadros conceptuais e para a simplificação de complexidades normativas. Quanto ao primeiro desafio, ele ficou adiado, no essencial. Pelo que respeita ao segundo, houve variadas benfeitorias ou atualizações. **Não obstante, persistem soluções juridicamente questionáveis, de que o regime de arbitragem pode constituir um exemplo.** (...) explicam que o Presidente da República haja optado por promulgar o diploma que procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e transpõe as Diretivas n.ºs 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e a Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014.

Qual é o regime de Arbitragem que consta do novo artigo 476º do CCP

1. Total Voluntariedade? Arbitragem Voluntária – LAV?

- As Partes submetem o litígio a arbitragem.

2. Nenhuma Voluntariedade? Arbitragem Necessária - Art. 1082 º do CPC?

- A Lei determina que aqueles Litígios serão julgados através de arbitragem, fixando um regime ou não.

3. Alguma Voluntariedade? Arbitragem Mista? Atípica? Potestativa?

- Uma das Partes e a Lei determinam a Arbitragem.

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

Teste:

Num Contrato Público a Entidade Adjudicante **exige, no programa e no caderno de encargos, a aceitação, na proposta** (ou em Declaração anexa/ ou ambas), da submissão de todos os litígios inerentes à **celebração e execução** do contrato a celebrar a arbitragem do CAAD, remetendo para este Regulamento de Arbitragem Administrativa (em especial para o novo artigo 19º-A).

1. **O Concorrente A**, imediatamente após Leitura das Peças, **decide impugnar aquelas disposições** do Programa e Caderno de Encargos por as entender ilegais. **Não apresenta proposta**.
2. **O Concorrente B**, **apresenta proposta**, mas não junta a Declaração ou escreve na Proposta tudo aceitar, excepto a submissão dos Litígios a Arbitragem. **Excluída por esse motivo a Proposta, decide impugnar a decisão de exclusão**.
3. **O Concorrente C**, apresenta proposta, aceita a arbitragem, mas, porque fica em segundo lugar na ordenação, **decide impugnar a adjudicação, com fundamento na ilegalidade da Arbitragem**.

A que Tribunal recorrem os concorrentes A, B e C para impugnar?

Vejam os que temos no artigo 476º do CCP: Uma Arbitragem...ainda Voluntária?

Artigo 1º - Convenção de Arbitragem

1 - 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.

5 - O Estado e outras pessoas **colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei** ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado.

Artigo 2º - Requisitos da Convenção

1 - A convenção de arbitragem **deve adoptar forma escrita.**

2 - A exigência de forma escrita tem-se por satisfeita quando a convenção conste de **documento escrito assinado pelas partes**, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou **outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios electrónicos de comunicação.**

3 - Considera-se que a exigência **de forma escrita da convenção de arbitragem está satisfeita quando esta conste de suporte electrónico**, magnético, óptico, ou de outro tipo, **que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.**

4 - Sem prejuízo do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, vale como convenção de arbitragem a remissão feita num contrato para documento que contenha uma cláusula compromissória, desde que tal contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo.

6 - O **compromisso arbitral** deve determinar **o objecto** do litígio; **a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem.**

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

Vejamos o que temos no artigo 476º do CCP, Uma Arbitragem Necessária?

☐ Artigo 1082º do CPC

Se o julgamento arbitral for prescrito por lei especial, atende-se ao que nesta estiver determinado, na falta de determinação, observa-se o disposto nos artigos seguintes.

☐ Lei n.º 74/2013, de 06 de Setembro (TRIBUNAL ARBITRAL DO DESPORTO)

Artigo 4.º - Arbitragem necessária

1 - **Compete ao TAD conhecer dos litígios emergentes dos atos e omissões das federações desportivas**, ligas profissionais e outras entidades desportivas, no âmbito do exercício dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direção e disciplina.(...)

☐ Lei n.º 62/2011 de 12 de Dezembro (Litígios emergentes de Direitos de Propriedade Industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos)

Artigo 2.º - Arbitragem necessária

Os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência, na acepção da alínea *ii*) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto –Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, e medicamentos genéricos, independentemente de estarem em causa patentes de processo, de produto ou de utilização, ou de certificados complementares de protecção, **ficam sujeitos a arbitragem necessária, institucionalizada ou não institucionalizada.**

N P A

Litigation

Arbitration

Legal Advice

Vejamos o que temos no artigo 476º do CCP, uma Arbitragem Mista?

☐ CPTA - Artigo 182º - Potestativa?

O interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no artigo 180.º **pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos casos e termos previstos na lei (falta).**

Artigo 184º do CPTA

1 - A outorga de compromisso arbitral por parte do **Estado é objeto de despacho do membro do Governo responsável em razão da matéria**, a proferir no prazo de 30 dias, contado desde a apresentação do requerimento do interessado.

☐ A Lei n.º 6/2011, de 10 de março, numa alteração ao art. 15.º da Lei n.º 23/96 (SPE)

Artigo 15º **Resolução de Litígios e arbitragem necessária**

1 - **Os litígios de consumo** no âmbito dos **serviços públicos essenciais** estão sujeitos a **arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes** que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados.

Vejamos o que temos no artigo 476º do CCP, uma Arbitragem Mista?

- ❑ Outro exemplo é a **Lei n.º 144/2015**, de 8 de setembro, que estabelece os princípios e as regras a que deve obedecer o **funcionamento das entidades de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo**

Artigo 13.º Efeitos da celebração de acordo prévio

1 - Os acordos efetuados entre consumidores e fornecedores de bens ou prestadores de serviços no sentido de recorrer a uma entidade de RAL, celebrados antes da ocorrência de um litígio e através de forma escrita, **não podem privar os consumidores do direito que lhes assiste de submeter o litígio à apreciação e decisão de um tribunal judicial.**

(...)

3 - **Nas situações de arbitragem necessária para uma das partes**, esta não tem de ser previamente informada da natureza obrigatória da decisão arbitral.

- ❑ Mais recentemente, o **D.L. nº 81-C/2017** de 7.7.2017, que aprova o **regime jurídico que estabelece os requisitos de acesso e de exercício da atividade de intermediário de crédito** e da prestação de serviços de consultoria, transpondo parcialmente a Diretiva 2014/17/UE, remete a resolução de litígios para os termos previstos na Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, **sem prejuízo de acesso pelos consumidores aos meios judiciais competentes.**

Ainda antes do 476º do CCP, o que nos diz o CPTA?

Lei de Autorização Legislativa n.º 100/2015, de 19 de Agosto (Revisão CPTA)

kkkkk) Rever o regime da constituição e funcionamento de tribunais arbitrais, **introduzindo a previsão de que podem ser submetidas ao julgamento desses tribunais questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução, e, salvo determinação legal em contrário, questões respeitantes à validade de atos administrativos**, em que os árbitros decidem estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade;

////) **Prever, no âmbito do regime referido na alínea anterior, a impugnação das decisões arbitrais nos termos e com os fundamentos estabelecidos na Lei de Arbitragem Voluntária, a forma da publicidade das sentenças arbitrais e a enunciação das matérias jurídico-administrativas que poderão ser julgadas nos centros de arbitragem autorizados pelo Estado.**

Ainda o CPTA...

Artigo 180º

1 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, **pode ser constituído tribunal arbitral** para o julgamento de:

a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução;

(...)

2 - Quando existam contrainteressados, a regularidade da constituição de tribunal arbitral depende da sua aceitação do compromisso arbitral. – (Magna questão de inexecuibilidade da convenção – 5º nº 1 in fine da LAV – interpretação de contrainteressados com favor arbitralis)

3 - A impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos pode ser objeto de arbitragem, mediante **previsão no programa do procedimento do modo de constituição do tribunal arbitral e do regime processual a aplicar**, que, **quando esteja em causa a formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º, deve ser estabelecido em conformidade com o regime de urgência previsto no presente Código para o contencioso pré-contratual.**

Finalmente, vejamos o Artigo 476º do CCP – Resolução Alternativa de Litígios

(Preâmbulo DL 111-B/2017 - Por fim, e também em cumprimento do Programa do Governo, ao nível do descongestionamento dos tribunais, estabelece-se um regime **que promove a resolução alternativa de litígios**, com preferência pelos centros de arbitragem institucionalizados, **permitindo um julgamento mais rápido e menos oneroso de litígios** que oponham cidadãos e empresas às entidades públicas em matéria de contratação pública...**Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte – faltou o 198º c)?**

1 - O recurso à arbitragem ou a outros meios de resolução alternativa de litígios **é permitido**, nos termos da lei, para a resolução de litígios emergentes de procedimentos ou contratos aos quais se aplique o presente Código.

2 - **Quando opte** pela sujeição dos litígios a arbitragem, a entidade adjudicante **prevê obrigatoriamente**:

- a) **A aceitação, por parte de todos os interessados, candidatos e concorrentes**, da jurisdição de um centro de arbitragem institucionalizado competente para o julgamento de questões relativas ao procedimento de formação de contrato, **de acordo com o modelo previsto no anexo xii** ao presente Código, do qual faz parte integrante, **a incluir no programa do procedimento**;
- b) **A necessidade de aceitação, por parte do cocontratante**, da jurisdição do centro de arbitragem institucionalizado para a resolução de quaisquer conflitos relativos ao contrato, de acordo com o modelo previsto no **anexo xii, a incluir no caderno de encargos e no contrato**;
- c) **O modo de constituição do tribunal e o regime processual a aplicar**, por remissão para as normas do regulamento do centro de arbitragem institucionalizado competente, de **acordo com o modelo previsto no anexo xii**.

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

ANEXO XII - Modelos para a aceitação da jurisdição de centro de arbitragem institucionalizado (a que se refere o artigo 476.º)

1 - Modelo previsto na alínea c) do n.º 2 do artigo 476.º, a incluir no **programa do procedimento**:

A (**designação oficial da entidade pública adjudicante**) aceita a jurisdição do Centro de Arbitragem Institucionalizado (designação e identificação do Centro de Arbitragem Institucionalizado) para a resolução de qualquer litígio respeitante ao presente procedimento pré-contratual, seguindo-se os respetivos regulamentos, designadamente quanto ao respetivo modo de constituição e regime processual.

2 - Modelo previsto na alínea a) do n.º 2 do artigo 476.º, a **incluir no programa do procedimento**:

O interessado aceita submeter a resolução de qualquer litígio respeitante ao contrato a celebrar ou a aspetos respeitantes ao procedimento de formação ao Centro de Arbitragem Institucionalizado (designação e identificação do Centro de Arbitragem Institucionalizado), incluindo os aspetos que resultem do procedimento pré-contratual que lhe deu origem, nos termos dos respetivos regulamentos.

3 - Modelo previsto na alínea b) do n.º 2 do artigo 476.º, a incluir no **caderno de encargos e no contrato**:

As partes contratantes aceitam atribuir a competência para a resolução de litígios relativos ao contrato ao Centro de Arbitragem Institucionalizado (designação e identificação do Centro de Arbitragem Institucionalizado).

➤ **Esqueceu o Legislador o espaço para assinatura pelo concorrente?**

(Versus) ANEXO I Modelo de declaração (a que se refere a alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º)

1 - ... (**nome, número de documento de identificação e morada**), **na qualidade de representante legal de..**, tendo tomado inteiro e perfeito conhecimento do caderno de encargos relativo à execução do contrato a celebrar na sequência do procedimento de...e, se for o caso, do caderno de encargos do acordo-quadro aplicável ao procedimento, **declara, sob compromisso de honra, que a sua representada se obriga a executar o referido contrato em conformidade com o conteúdo do mencionado caderno de encargos, relativamente ao qual declara aceitar, sem reservas, todas as suas cláusulas.**

2 - Declara também que executa o referido contrato nos termos previstos nos seguintes documentos, que junta em anexo: A) e B)

3 - Declara ainda que **renuncia a foro especial** e se submete, em tudo o que respeitar à execução do referido contrato, ao disposto na legislação portuguesa aplicável.

O declarante ... (local),... (data),... [assinatura].

N P A

Litigation

Arbitration

Legal Advice

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

- **Parece assim que, para que tenhamos Arbitragem, necessitamos de cláusula compromissória (ou compromisso arbitral em caso de intervenção), necessitamos de Aceitação.**

- Em que momento? Num momento anterior (qual?...Interessado?) ou na Proposta – Artigos 56º e 57º do CCP**
- Mas, sob que forma?**

- 1. Basta uma **aceitação ampla** (assinada) do caderno de Encargos, **constante já do Anexo I** que configura a Proposta, nos termos do artigo 57º nº 1 al. a)? (apenas para litígios em sede de execução? O Legislador separou dos pré?)

- 2. Será necessário no **Anexo I, no seu próprio texto, uma declaração específica** de aceitação da Arbitragem?

- 3. Será uma **Declaração a juntar ao Anexo I (a Anexar ao Programa?)**?
 - i. Nos termos do artigo 57º nº 1 al. b) (assinada) **Atributos** da proposta submetidos à concorrência? (não se mede)
 - ii. Nos termos do artigo 57º nº 1 al. c) (assinada) **Termos ou Condições** relativos a **aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule?**
 - iii. Ou, será antes uma, **regra específica, prevista no programa do Concurso, que não pode impedir, falsear ou restringir a concorrência nos termos do artigo 132º nº 4 do CCP, que exige aceitação assinada?**

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

Então, qual a Consequência da não aceitação pelo concorrente, sob qualquer forma:

Artigo 70º do CCP (Alteração ao CCP no sentido de incluir como causa de exclusão a não apresentação e não apenas a violação de termos ou condições)

(...)

2 - São excluídas as propostas cuja análise revele:

a) Que não apresentam algum dos atributos ou algum dos termos ou condições, nos termos, respetivamente, do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 57.º

Ou:

Artigo 146º do CCP

(...)

2 - No relatório preliminar a que se refere o número anterior, o júri deve também propor, fundamentadamente, a exclusão das propostas:

...

n) Que sejam apresentadas por concorrentes em violação do disposto nas regras referidas no n.º 4 do artigo 132.º (regra específica, prevista no programa do Concurso - que não pode impedir, falsear ou restringir a concorrência, desde que o programa do concurso assim o preveja expressamente);

Admissível nos termos do CPA?

149º CPA Cláusulas Acessórias 1 - Os atos administrativos podem ser sujeitos, pelo seu autor, mediante decisão fundamentada, a condição, termo, modo ou reserva, **desde que estes não sejam contrários à lei ou ao fim a que o ato se destina, tenham relação direta com o conteúdo principal do ato e respeitem os princípios jurídicos aplicáveis, designadamente o princípio da proporcionalidade.**

N P A

Litigation

Arbitration

Legal Advice

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

Respondemos ao Teste?

Num Contrato Público a Entidade Adjudicante **exige, no programa e no caderno de encargos, a aceitação**, na proposta (ou em Declaração anexa), da submissão de todos os litígios inerentes à celebração e execução do contrato a celebrar a arbitragem do CAAD, remetendo para este Regulamento de Arbitragem Administrativa.

O Concorrente A, imediatamente após Leitura das Peças, decide impugnar aquelas disposições do Programa e Caderno de Encargos por as entender ilegais. Não apresenta proposta.

A. Tribunal Judicial

O Concorrente B, apresenta proposta, mas não junta a Declaração ou escreve na Proposta tudo aceitar, excepto a submissão dos Litígios a Arbitragem. Excluída por esse motivo a Proposta, decide impugnar a decisão de exclusão.

B. Tribunal Judicial

O Concorrente C, apresenta proposta, aceita a arbitragem, mas porque fica em segundo lugar na ordenação, decide impugnar a adjudicação, com fundamento na ilegalidade da Arbitragem.

C. Tribunal Arbitral – Apenas porque, se e quando, Aceitou.

➤ **Logo Arbitragem Voluntária e não Necessária!**

N P A

Litigation

Arbitration

Legal Advice

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

Daqui resultam desde logo algumas questões:

- Por ser Voluntária, já não se coloca a questão da ilegalidade da Arbitragem? Nomeadamente no sentido de contrária à Constituição?** Sim, mas...
- Teremos situações de (Excepção de) Litispendência e Caso Julgado? Será por isso que o 180º nº 2 do CPTA exige aceitação de todos os interessados? Sem eles é irregular o Tribunal Arbitral? Limite subjectivo do caso julgado?**
- Como fica a questão do Princípio da Competência-Competência (Artigo 18º da LAV)** Intocado? Arbitral competente se aceitou, judicial competente se não aceitou? Ambos apreciam validade da cláusula? Mas 5º nº 1 da LAV "..absolvição da instância a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável"
- Só quem não aceitou, pode impugnar o procedimento ao abrigo da ilegalidade da Arbitragem?** Impugnação das Peças é faculdade - ónus de impugnar o Acto tendo por base a ilegalidade das mesmas/ LAV, Artigo 18º nº 5, a nomeação de árbitro não impede a alegação de incompetência/ 77-A CPTA Legitimidade Ampla
- A Invalidade do Contrato provoca a destruição da Convenção Arbitral?** Quem o declara? O Arbitral ou o Judicial? Invalidade do Contrato não faz desaparecer a cláusula (18 nº, 1, 2 e 3 LAV) **independência da cláusula?**
- E se o Contrato estiver sujeito a Condições de Eficácia que não se verificam?** E se estiver sujeito a Visto Prévio do Tribunal de Contas, não produzindo efeitos sem Visto? 287º do CCP? Superior a 350.000 €/ superior a 950.000 €?
- Competência para Acção de Responsabilidade nos termos do RRCEE – Artigo 7º nº 2 ? Do Arbitral?**
- A indicação do Centro (e por essa via dos árbitros e regulamento) não desvirtua a arbitragem voluntária (na falta das partes nomeia a Relação) É CONDIÇÃO DE EXEQUIBILIDADE da Arbitragem e o CCP não se compadece com demoras na nomeação e escolha do Regulamento.**
- Porque separou o legislador a arbitragem contratual da pré-contratual? Ambas podem ser condições ou termos da proposta? Mesmo a arbitragem pré contratual é termo ou condição do contrato. Sim, porque é essencial ao cumprimento da sua função e o litígio pré contagia o contrato.**
- Pode entender-se o anexo XII, como sendo necessário assinar uma Declaração para os litígios pré e bastar aceitar o caderno para os litígios de execução? Interpretação correctiva do Anexo XII**
- O Tribunal poderia, de alguma forma, manter o Procedimento ou o Contrato, substituindo, anulando ou reduzindo apenas a referida cláusula Arbitral?** O Arbitral? O Judicial? Os 2? Artigo 283º/285º nº 4 CCP, nº 9 do 19ª do RCAAD

N P A

Litigation

Arbitration

Legal Advice

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

Com que fundamentos impugnariam os Interessados ou Concorrentes as peças, a adjudicação, requerendo a declaração de Nulidade ou Anulação do Contrato? (Entre outros, claro...)

- 1. Inconstitucionalidade, formal, Orgânica e Material** do Artigo 476º do CCP;
- 2. Inconstitucionalidade** dos artigos 476º, 70º do CCP e 180º e seguintes do CPTA, **quando interpretados** no sentido de ser admissível a exclusão de um concorrente por não aceitação da (condição de) Arbitragem por violação do disposto no Artigo 20º da CRP (Acesso à Justiça, Efectiva, útil, executável, célere, caso julgado – 2º CPTA e 268º nº 4 CRP, Reserva de Competência dos Tribunais do estado em Matéria Administrativa, Violação do Direito a uma Dupla Apreciação Jurisdicional/ Direito ao Recurso) Igualdade nos termos do Artigo 13º/Liberdade Económica nos termos do Artigo 61º;
- 3. Desconformidade do Regulamento do CAAD** com a Lei ou inconstitucionalidade das suas “normas”, restrição de acesso por via do regime de custas e falta de apoio judiciário;
- 4. Violação da Directiva Contratos Públicos e Directiva Recursos**;
5. Violação dos **Princípios da Concorrência, Igualdade, Proporcionalidade**;
- 6. Não Intervenção do Ministério Público em Defesa Legalidade ou interesse do Estado** (85º CPTA intervenção do MP nas acções em que esteja em causa a validade e execução de contratos, 280º nº 3 e nº 5 da CRP Recurso obrigatório para o MP enquanto garante da Legalidade)

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

O que viria dizer ao Tribunal a Entidade Adjudicante: (entre outros, claro...)

- 1. Ilegitimidade** – Interesse Directo e Pessoal? Participe ou Pretenda Participar? Possibilidade Real de Lesão? Necessidade de Tutela?; 55º e 103º nº 2 CPTA (Ac. Grossman – Conceito de interesse num contrato público e impugnação sem participar)
- 2. Litispendência/Prejudicialidade/Caso Julgado;**
- 3. Aceitação**, se aceitou Convenção;
- 4. Admissibilidade da Intervenção do M.P. (Artigo 53º b) do EMP** - Compete aos departamentos de contencioso do Estado Preparar, examinar e acompanhar formas de composição extrajudicial de conflitos em que o Estado seja interessado);
- 5. Conformidade com a Constituição**, Acesso ao Direito, Legalidade da Arbitragem, Constituição Pública do CAAD, **Regularidade da Convenção e sua Admissibilidade, quando exigida, num Contrato Público.**
- 6. Conformidade com as Directivas;**
- 7. Respeito integral pelos Princípios**, em especial a Concorrência;
- 8. Do paradigma da Midnight Clause à Morning clause - Interesse Público na execução do Contrato**, onde se inclui um sistema (como resulta da Directiva e do artigo 20º da CRP), estável, **eficaz, célere e mais barato** de resolução de Litígios;
- 9. A ligação da Arbitragem (pré e pós) ao Objecto do Contrato e Interesse** a prosseguir com ele (**Analogia com questões ambientais** ou Sociais);
10. Importância da **Governança do Contrato** = estabilidade do procedimento

N P A

Litigation

Arbitration

Legal Advice

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

Constitucionalidade da Norma ou da Interpretação da mesma no sentido de...?

- Formal ou Orgânica?** Lei de Autorização Legislativa do CPTA (Lei Geral e Lei especial) e as competências próprias do Governo? O 198º nº 1 al. C) Desenvolve o CPTA/ Questão apenas se colocará se for entendida como Arbitragem Necessária, que, como vimos, não é.
- Material? O Ac. 230/86 do TC:** “É certo que, em determinados aspectos, **os tribunais arbitrais não são tribunais como os outros...** O tribunal arbitral voluntário, mesmo em doutrina pura, é tido e considerado como *real e verdadeiro tribunal...***O tribunal arbitral voluntário exerce, pois, a função jurisdicional** (Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, 1971, p. 243).
- O **n.º 2 do artigo 209.º CRP**, a propósito das *categorias de tribunais*, afirma que **podem existir tribunais arbitrais, não distingue entre necessários e voluntários;**
- Tribunais Arbitrais, **no que configura acesso à Justiça, são tribunais IGUAIS** aos outros, mesmo não sendo, como os outros (órgãos de Soberania);
- O Artigo **20º nsº 4 e 5 da CRP não exige decisões em tempo razoável, Célere e Prioritário?**
- Admissível o **Recurso das Decisões e das próprias Normas processuais aplicáveis para o T. Constitucional;**
- O direito de escolher o tribunal** não está consagrado no Artigo 20º CRP, o legislador distribui e a arbitragem, voluntária ou necessária assegura o acesso ao direito e à justiça.
- Duplo grau de Recurso/ Reapreciação** está previsto em sede Penal (no caso está assegurado acima de 500 e abaixo LAV e constitucional)
- Proporcional e adequado**/Muitas situações sem recurso.
- Analogia - Plano privado de saúde** – “ Cheque Dentista” ou “ Cheque Inglês” – Outros Direitos Constitucionais Vs Independência e Soberania dos Tribunais enquanto Pilar do Estado de Direito
- Lei de admissão dos Tribunais Arbitrais** (Voluntários ou Necessários) torna Pública a sua função e não são estes, nacional e Internacionalmente competentes para apreciar a sua competência e as suas sentenças executáveis?
- Na Arbitragem Tributária não se apreciam actos de Autoridade?**

N P A

Litigation

Arbitration

Legal Advice

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

Lições de Constitucionalidade a retirar do TAD

(Da Norma ou da Interpretação da mesma no sentido de...)

Acórdão n.º 230/2013 resulta que a **Arbitragem Necessária**, ainda que constitucionalmente admissível, não pode ser definitiva, por violar o direito de acesso aos Tribunais.

Tendo votado vencida a Conselheira Maria João Antunes: *“o direito de acesso aos tribunais (...), direito fundamental correlacionado com a reserva da função jurisdicional, não é garantido apenas através do acesso aos tribunais do Estado. O artigo 209.º, n.º 2, prevê a existência de tribunais arbitrais como uma categoria de tribunais, que se constituem precisamente para exercer a função jurisdicional...e, por isso, **os tribunais a que se refere o artigo 20.º, n.º 1, da CRP não são apenas os tribunais estaduais.... não havendo “uma qualquer demissão do dever estadual de controlo do exercício daqueles poderes. O que se torna particularmente evidente também por ficar salvaguardada, em todos os casos, a possibilidade de impugnação da decisão (junto de tribunais estaduais) com os fundamentos e nos termos previstos na Lei da Arbitragem Voluntária”.***

Acórdão n.º 781/2013, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, Declaração de Voto Vencida:

*“O regime atual consagra uma via de acesso dos cidadãos à justiça estadual “...“**a tutela jurisdicional efetiva, assegurada na Constituição (artigos 20.º e 268.º, n.º 4) não se reconduz necessariamente a uma tutela assegurada por tribunais do Estado”.***

- **Terá sido este o motivo que levou o Legislador no Artigo 476º a ir mais longe do que o disposto no Artigo 185º-A do CPTA, nos termos da Autorização Legislativa?**

N P A

Litigation

Arbitration

Legal Advice

Violação do Princípio da Igualdade?

O princípio da igualdade, nos termos do art. 13º da Constituição proíbe discriminações decorrentes dos índices (sexo, raça, etc.) aí definidos. Fora dos casos expressamente proibidos de discriminação, só existe violação do princípio da igualdade quando estivermos perante discriminações arbitrárias ou manifestamente injustificadas cfr. JORGE MIRANDA, Direito Constitucional, Tomo IV, pág. 248 e jurisprudência do TC aí citada e, em especial, o Acórdão n.º 231/94, de 9 de Março, DR 1ª Série - A, n.º 98, de 28 de Abril de 1994, pág. 2056 e 2057

“ (...) O que significa que a prevalência da igualdade como valor supremo do ordenamento **tem de ser caso a caso compaginada com a liberdade que assiste ao legislador de ponderar os diversos interesses em jogo e diferenciar o seu tratamento no caso de entender que tal se justifica.**”

- A Função do Contrato - Realização do Interesse Público V Autonomia do contraente – 303º n.º 2 do CCP**, a importância dada pela Directiva a uma Boa Governação dos Contratos, a Estabilidade do Procedimento, a necessidade de uma resposta célere e segura que permita executar o contrato?
 - A Função do Interesse Público a prosseguir pelo CCP a justificar a Morning Clause**
 - Os fundamentos dos poderes previstos**, em função do Interesse Público, no Artigo 302º (Actos Administrativos Executivos - aplicar sanções, outros) **não justificam a escolha arbitral também?**
 - Critérios para optar por arbitragem fora dos Centros (476º n.º 3 do CCP) integrar e fundamentar a opção?**
 - Critério dado pelo RCCG/ Contratos de Adesão** – Não aplicável (Art. 3º al. c) e 21º h) - Proibidas as cláusulas que “Excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei.”
- **Não é arbitrário, nem manifestamente injustificado a opção de sujeitar os litígios a Arbitragem, com possibilidade de recurso para Tribunal Judicial.**

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

E de outros Princípios...como a Concorrência:

“A justiça influencia o desempenho da economia e o ambiente económico tem reflexos nas respostas da justiça. É inegável que a lentidão da justiça distorce o mercado e que as crises económicas criam entropias no funcionamento do sistema judicial”,

(Ministra da Justiça Francisca Van Dunem na abertura da IV Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência)

Artigo 1º A do CCP e a Directiva 2014/24 “Os concursos não podem ser organizados no intuito de (...) **reduzir artificialmente a concorrência**. Considera-se que a **concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos**.”

- Concorrência como um Objectivo**, Tronco ou Fim último a prosseguir (Densificado pelos Princípios da Intangibilidade ou Comparabilidade das Propostas) - Exemplo ACT VS Autoridade da Concorrência;
- Respeito integral pelos Princípios;**
- Em especial a Concorrência** (não eliminada nem restringida, **uma vez que existe acesso ao Direito**, aos Tribunais e à Justiça);
- A Solução para a **resolução de Litígios (Pré e contratual) tem ligação ao objecto do contrato** (diferente de distinguir em função de qualidades do prestador) ou ao interesse público/ função a ele inerente;
- O **Interesse Público na execução do Contrato**, onde se inclui um sistema (como resulta do artigo 20º da CRP) **eficaz, célere e mais barato de resolução de Litígios;**
- Analogia com **questões Ambientais ou Sociais que não são restrição;**
- Importância da **Governança do Contrato;**
- O **Gestor do Contrato;**
- Impedimento ou sanção de incumprimentos contratuais anteriores**
- Poderes 302º não são restrição à concorrência porque o seria o de incluir cláusula arbitral?**
- Nomeação de árbitro ou Regulamento não é traço essencial da arbitragem voluntária, tal como decorre de na sua falta nomear a Relação.**

N P A

Litigation

Arbitration

Legal Advice

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

Conformidade com as Directivas

❑ Directiva 2007/66/CE do PE e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007 (Directiva 89/665/CEE/ Recursos)

(17) Deverá ter **acesso ao recurso pelo menos qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um contrato em particular e que tenha sido ou corra o risco de ser prejudicada por uma alegada violação**

Artigo 1º - Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias (Morning Clause!) para assegurar que, ...as decisões das entidades adjudicantes **possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível...**

Artigo 2. (Requisitos do recurso)Caso as instâncias responsáveis pelo recurso **não sejam de natureza jurisdicional**, as suas decisões devem sempre ser fundamentadas por escrito. **Além disso, nesse caso,** devem ser aprovadas disposições para garantir que os processos **...possam ser objecto de recurso jurisdicional ou de recurso para outra instância que seja um órgão jurisdicional na acepção do artigo 234.º do Tratado e que seja independente em relação à entidade adjudicante e à instância de recurso.**

❑ DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO (contratos públicos)

...os serviços de arbitragem e de conciliação... são habitualmente prestados por pessoas...seleccionados de um modo que não pode estar sujeito às regras de contratação pública... A Diretiva 89/665/CEE prevê que certas vias de recurso devem estar disponíveis...**Estas vias de recurso não deverão ser afetadas pela presente diretiva....**

❑ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 12 de Junho de 2014 - «Acórdão Ascendi»

O Tribunal Arbitral Tributário do CAAD tem a natureza de «**órgão jurisdicional**» para efeitos do artigo 267.º TFUE

por ter **origem legal, permanência, carácter vinculativo da sua jurisdição, natureza contraditória do processo, a aplicação, pelo organismo, das regras de direito, bem como a independência dos árbitros.** N P A

...Daí a opção do legislador, pela Arbitragem Institucionalizada...?

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

O CAAD, seu **Regulamento de Arbitragem Administrativa Alterado** e o Acesso à Justiça

- ❑ O CAAD nos termos do artigo 187º do CPTA é um centro de arbitragem institucionalizada e de carácter especializado, **criado pelo Despacho n.º 5097/2009, do Secretário de Estado da Justiça (in Diário da República, n.º 30, 2.ª série, de 12 de fevereiro) – Publicização da Arbitragem – Orgão Jurisdicional para efeitos do TFUE**
- ❑ **Novo Artigo 19º - A** do regulamento do CAAD – “Morning Clause” já cumpre com as **Directivas** e **com o artigo 180º nº 3 e segs. do CPTA**;
- ❑ **Regulamento de Arbitragem Administrativa do CAAD** cumpre e assegura Processo Contraditório e Igual – Artigos 5º nº 1 al. d) e f) e Julgamento de acordo com o Direito (185º nº 2 do CPTA).
- ❑ Código Deontológico CAAD - Árbitros são **independentes e Imparciais**.
- ❑ Negação de **Acesso à Justiça** por falta de Meios Económicos? (Tabela de Custas CAAD) Artigo 17º da Lei nº 34/2004, de 29 de Julho Acesso ao Direito e aos Tribunais: 1 - O regime de apoio judiciário aplica-se em todos os tribunais, qualquer que seja a forma do processo, nos julgados de paz **e noutras estruturas de resolução alternativa de litígios a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.** - Anexo I da Portaria nº 10/2008, de 3 de Janeiro – CAAD previsto – Al. p)

Artigo 7º nº 3 – Pessoas Colectivas com fins Lucrativos não têm direito a protecção Jurídica.

N P A

Litigation

Arbitration

Legal Advice

Arbitragem Voluntária? Questões e Soluções à luz da Revisão do CCP e do Regulamento do CAAD

“Artigo 19º A

Arbitragem em matéria de contratação pública

1. Ao processo arbitral em matéria de contratação pública aplica-se, com as necessárias adaptações, o presente Regulamento com as especificidades constantes dos números seguintes.
2. O processo arbitral que tenha por objeto a impugnação ou a condenação à prática de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º do CPTA é intentado no prazo no prazo de um mês, tem a natureza urgente e corre em férias judiciais, obedecendo ainda ao seguinte:
 - a) O tribunal arbitral é composto por um ou três árbitros de acordo com o disposto no artigo 15º, e constitui-se com a aceitação do árbitro, em caso de tribunal arbitral singular, ou do último árbitro, em caso de tribunal arbitral coletivo;
 - b) O árbitro designado deve comunicar a aceitação do encargo no prazo de um dia;
 - c) Observam-se os seguintes prazos:
 - i) 20 dias para contestar;
 - ii) 10 dias para alegações, nos casos em que exista audiência de discussão e julgamento;
 - iii) 10 dias para submissão a Julgamento ou para proferir Decisão;
 - iv) 5 dias nos restantes casos.
3. Regem-se pelo disposto no número anterior os processos dirigidos à declaração de ilegalidade de disposições contidas no programa do concurso, no caderno de encargos ou em qualquer outro documento conformador do procedimento de formação de contratos, podendo o pedido ser deduzido durante a pendência do procedimento pré-contratual.
4. A impugnação de atos de adjudicação nos procedimentos de formação dos contratos previstos no n.º 2 faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado, desde o momento em que se efetiva a citação da entidade demandada pelo tribunal arbitral, constituído nos termos da alínea a) do n.º 2.
5. A entidade demandada e os contrainteressados podem requerer o levantamento do efeito suspensivo, na pendência do processo, dispondo o autor do prazo de 5 dias para responder, findo o qual o juiz decide no prazo máximo de 10 dias.
6. O efeito suspensivo é levantado quando, ponderados todos os interesses suscetíveis de serem lesados, o diferimento da execução do ato seja gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos
7. Nos processos que não tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação, poderão ser requeridas medidas provisórias, a processar por apenso, que terão natureza urgente.
8. As medidas provisórias a que se refere o número anterior são recusadas quando os danos que resultariam da sua adoção se mostrem superiores aos que podem resultar da sua não adoção, sem que tal lesão possa ser evitada ou atenuada pela adoção de outras medidas.
9. O processo arbitral que tenha por objeto a impugnação ou a condenação à prática de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no n.º 2 pode ser ampliado à impugnação do contrato quando este venha a ser celebrado na pendência do processo, podendo o tribunal proceder ao afastamento do efeito anulatório do contrato nos termos do artigo 283.º, n.º 4, do Código dos Contratos Públicos.
10. Nos litígios emergentes de procedimentos ou contratos de valor superior a € 500 000, da decisão arbitral cabe recurso para o tribunal administrativo competente, nos termos da lei, com efeito meramente devolutivo.”

Obrigado

Nuno Pereira André
npa-20315l@adv.oo.pt

N P A

Litigation
Arbitration
Legal Advice