



Universidade do Minho

MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM ADMINISTRATIVAS

*Relatório sobre uma Unidade Curricular, apresentado
nos termos da alínea b) do art. 5.º do Decreto-Lei n.º
239/2007, de 19 de junho, para atribuição do título académico de
Agregado em Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências
Jurídicas Públicas, da Escola de Direito da
Universidade do Minho*

Isabel Celeste Monteiro da Fonseca

I. INTRODUÇÃO

1. Objeto e objetivo do Relatório

O n.º 1 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 239/2007, de 19 de junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 64/2023, de 31 de julho (de ora em diante DL n.º 239/2007), menciona que o título académico de agregado atesta “a) A qualidade do currículo académico, profissional, científico e pedagógico; b) A capacidade de investigação; [e] c) A aptidão para dirigir e realizar trabalho científico independente”. É neste contexto que, procurando obter o título académico de agregado, apresentamos agora o relatório da uma Unidade Curricular, uma vez que, as provas de agregação são constituídas: “b) [pela] apresentação, apreciação e discussão de um relatório sobre uma unidade curricular, grupo de unidades curriculares, ou ciclo de estudos, no âmbito do ramo do conhecimento ou especialidade em que são prestadas as provas”.

O relatório que apresentamos visa assim dar cumprimento ao disposto na alínea *b)* do art. 5.º, do DL n.º 239/2007, estabelecendo-se neste artigo que, para além da “apreciação e discussão do currículo do candidato”, e da apresentação de uma “lição sobre um tema dentro do âmbito do ramo do conhecimento ou especialidade em que são prestadas as provas, e sua discussão”, deve o candidato apresentar um relatório “sobre uma unidade curricular, grupo de unidades curriculares, ou ciclo de estudos, no âmbito do ramo do conhecimento ou especialidade em que são prestadas as provas”¹.

É, pois, para cumprimento do desiderato referido que apresentamos este Relatório de uma Unidade Curricular intitulada “Mediação, Conciliação e Arbitragem Administrativas”, inserida no Plano Curricular do Curso de Mestrado em Direito Administrativo, no Ramo de Especialização em Justiça Administrativa, inscrevendo-se as provas públicas em Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências Jurídicas Públicas da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Estamos cientes de que as provas de agregação se destinam a aferir não apenas as qualidades académicas, científicas e profissionais do candidato, mas, também — e, porventura primordialmente, tratando-se do Relatório —, as suas capacidades pedagógicas. Neste sentido, julgamos que as provas se destinam a apreciar a capacidade do candidato para saber

¹ Verifique-se as alíneas *a)*, *b)* e *c)*, do art. 5.º do DL n.º 239/2007, de 19 de junho.

investigar, para saber produzir conhecimento e, sobretudo, a capacidade para transmitir, de forma eficaz, esse mesmo conhecimento produzido e resultante da investigação aos seus alunos².

Esta é, sem dúvida, uma missão importantíssima de um Professor Universitário, cuja relevância é desnecessário enfatizar, tão óbvia ela é, que o Professor Universitário tem de ser um bom pedagogo. Mas, em nosso entender, hoje, ele tem de ser igualmente tão bom investigador quanto bom Professor. Em boa verdade, “a investigação e a docência devem andar ligadas”³. E “o professor deve, portanto, investigar para ensinar, comunicando de “viva voz aos estudantes e à comunidade académica os resultados do seu labor criativo, tal como deve ensinar para investigar, aproveitando para fins de investigação as dúvidas e os problemas sentidos na explanação da matéria ou resultantes do diálogo com os estudantes”⁴.

A bem ver, tratando-se de um Curso de Segundo Ciclo, o Professor tem, para ser eficaz na sua missão, de ser mais do que as duas coisas separadas⁵ e tem de ser mais do que a simples soma das duas coisas (juntas). O Professor Universitário tem, a seguir, de conseguir mais dois feitos⁶: i) tem de ser capaz de transmitir o gosto e o método para a investigação

² MARIA JOÃO ESTORNINHO (*Contratos da Administração Pública — Esboço de autonomização curricular*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 26) entende que “um «professor» universitário sem qualidades pedagógicas (ou, pelo menos, sem preocupações pedagógicas) é uma pura e simples aberração”.

³ Palavras de VASCO PEREIRA DA SILVA, *Ensinar Verde a Direito, Estudo de Metodologia do Ensino do direito do Ambiente (em “Ambiente de Bolonha”)*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 217.

⁴ Neste preciso sentido, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Ensinar Verde a Direito...* cit., p. 217

⁵ Sobre o tema, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (*Relatório sobre a Unidade Curricular Direito da Despesa Pública*, Universidade do Minho, 2016, p. 5) escreve que “a Docência universitária deve obrigatoriamente canalizar-se *ex lectione* (mediante obra científica escrita), *ex audita* (mediante aulas presenciais irrepreensíveis) e *ex stilo* (mediante comportamentos e atuações paradigmáticas e exemplares). 2. O docente a que falte uma destas dimensões poderá ser qualificado de muitos modos, mas dificilmente o será como Académico completo”.

⁶ Veja-se TERESA COELHO MOREIRA, “Direito do trabalho na era digital. Relatório sobre uma Unidade Curricular”, apresentado nos termos do artigo 5.º, alínea b), do Decreto-Lei n.º 239/2007, de 19 de junho, para acesso ao título de Agregado na especialidade de Ciências Jurídicas Privatísticas da Escola de Direito da Universidade do Minho, Universidade do Minho, 2021, onde cita MIA COUTO: “Professor não é quem dá aulas. É quem dá lições. Não é aquele que vai à escola ensinar. É aquele cuja vida é uma escola”. Cremos, sinceramente, que um Professor tem de ter estas qualidades. A capacidade de saber e de querer aprender mais, de investigar, mas também de explicar e de ensinar de forma clara com uma grande disponibilidade. No mesmo sentido, CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Direito das Sucessões — relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da unidade curricular no Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões*, Universidade do Minho, 2015, p. 3.

autónoma no tema ensinado, por um lado; *ii*) e tem, por outro, de ser capaz de chamar os alunos para a realidade, pois, afinal, a missão do Docente Universitário prolonga-se e estende-se para a Comunidade, onde os problemas reais existem. As dimensões não são “antitéticas”⁷, tal como não é a de educador e a de professor, na verdade, ainda que assim possam parecer.

Neste sentido, é certo que o Professor se realiza na Universidade (através do estudo e da transmissão do conhecimento, dentro da sua Instituição de Ensino) e se realiza igualmente pela Universidade, abrindo-se, juntamente com os seus estudantes, no processo de aprendizagem e ensino, à Comunidade, os seus valores e aos problemas desta⁸. E, por conseguinte, tem de ser capaz de despertar os seus alunos para as dificuldades do tema e saber motivá-los para que os mesmos reflitam, investiguem e possam sozinhos encontrar soluções. Lembramos, neste cenário, que estes alunos de Segundo Ciclo são maioritariamente recém-licenciados, enfrentando, pela primeira vez, uma experiência profissional de estágio na advocacia ou na Administração Pública.

Estamos conscientes dos desafios supramencionados, a que se acrescenta outros tantos motivados pela vivência de todos na Era Digital, onde ensinar e aprender o Direito também acontecem⁹, sendo certo que se tem que perceber que “os modelos de formação de soldados

⁷ Sobre o tema, com muito interesse, vd. SCOTT HENSTRAND, *Learning contra Education: a rethinking*, ACADEMIA Letters, July, 2021, disponível em https://www.academia.edu/49999329/Learning_contra_Education_a_rethinking?email_work_card=thumbnail.

⁸ Seguimos neste tópico CARL WIEMAN, que diz: “Education is about learning to make better decisions”. Tendo sido questionado sobre como se deve ensinar, o premiado com o Nobel da Física, em 2001, escreve que “What education really needs to be about is knowing information in a way that you can use it and apply it to make better decisions in your life. The ultimate value of education is about learning to make better decisions. And every member of the public needs to have that capability and make good decisions about, for example, what they’re going to do in their life to be healthier, or create less pollution, and dealing with all of these important societal problems that we face that have some technical underlying principles in them Fundamentally, I see science as about learning to apply the relevant information to make decisions. That’s something that our studies say everybody can learn, and everybody needs to learn.” Informação disponível em: <https://www.nobelprize.org/carl-wieman-education-is-about-learning-to-make-better-decisions/> consultado em 17.08.2023.

⁹ Sobre este assunto, alertando para vantagens e inconvenientes da transição digital e do ensino do Direito nesse contexto e sobretudo alertando para um fenómeno existente a que chama “um modismo” que é “conexo com uma pseudo-transição que importa denunciar”, vd. JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, “Transição Digital no ensino do Direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. LXII (2021), 2, pp. 819-827,

cibernéticos” são disseminados e “as nossas próprias instituições ditam-nos esses modelos como sendo normais”¹⁰.

Importa, neste sentido, mais do que ir na corrente da Pedagogia 4.0, ou radicalmente negá-la, evitando ser um professor da Era da Informação ou da Era Digital, aprez aprender antes como funcionam as Tecnologias de Informação e de Comunicação e como são aplicáveis ao ensino e às aprendizagens. Pense-se no “ChatGPT” ou no “Voxvote”, por exemplo, e pense-se em como colocar as respetivas facilidades ao serviço do ensino e da aprendizagem do Direito, sendo certo que as mesmas podem promover conhecimento e ciência, não inibindo os alunos de pensar. Ademais podem ser simplesmente instrumentos que cativam, envolvem e incentivam os alunos a estar presentes nas salas de aula, combatendo o absentismo generalizado de que se fala, após o período de Pandemia Covid 19¹¹.

disponível em <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2022/04/Jose%CC%81-Lui%CC%81s-Bonifa%CC%81cio-Ramos-2.pdf>, consultado em 19.08.2023.

¹⁰ Sobre o tema, com muito interesse, SCOTT HENSTRAND (*Learning contra Education: a rethinking*, ACADEMIA Letters, July, 2021, disponível em https://www.academia.edu/49999329/Learning_contra_Education_a_rethinking?email_work_card=thumbnail) escreve o seguinte: “The teacher focuses on terrestrial cycles, in particular night/day, for ongoing emergence in to the cycles, aware of the particular place we each exist in. For the Educator, their part in the obfuscation of terrestrial cycles fundamental to efficient participation in advanced societies is ubiquitous, goes unseen and de-places the individual. But this obfuscation starts in early childhood and goes beyond the education system. The mechanized sleep beds and Fitbit monitoring of sleep is only one indicator. The ultimate indicator comes from the military’s concern with a soldier’s ability to be combat-ready at all times, and that leads to incredible re-search initiatives to manipulate the soldier’s body to accomplish this. The furthest example is the manufacture of the future cybernetic soldier. This may be the most advanced manipulation and colonization of the fundamental night/day cycle, but our educational institutions prepare all of us to accept this as normal”.

¹¹ Por todas estas razões, somos assíduas frequentadoras dos Cursos de Formação de Docência que o Centro IDEA-Uminho tem vindo a disponibilizar aos docentes da UM, em parceria com a Universidade de Aveiro. Mais recentemente participámos na *Formação de Docência +*, Formação organizada pela Universidade do Minho e pela Universidade de Aveiro, em Águeda, nos dias 9, 10 e 11 de julho de 2023 (7.ª edição). Do mesmo modo, no que respeita aos desafios da avaliação, frequentámos a *Formação sobre Avaliação +*, Formação organizada pelo Centro IDEA-Uminho, 2.ª edição, nos dias 22 e 28 de junho 2023. Do ponto de vista da participação neste tipo de Formações, começámos, na verdade, em 2015, e continuámos até hoje, porque, sobre este tópico, nunca está tudo aprendido. Participámos em retiro de *Formação de Docência, Docência +*, Formação organizada pela Universidade do Minho e pela Universidade de Aveiro, Monção, 10, 11 e 12 de julho de 2022 (6.ª edição). Participámos em retiro de *Formação de Docência, Docência +*, Formação organizada pela Universidade do Minho, Monção, 7, 8 e 9 de julho de 2019 (5.ª edição). E participámos em retiro de formação organizada pela Universidade do Minho, sobre ferramentas de e-learning, em 2015.

Na verdade, hoje que se fala em IA Generativa, importa ao docente saber sobre IA, ensinar para que o aluno aprenda e investigue com IA, podendo o docente avaliar com IA. Muitos desafios e possibilidades circundam hoje os docentes e os alunos no ensino e na aprendizagem do Direito¹².

É possível criar materiais com *ChatGPT*, permitindo um ensino personalizado e adaptativo, apoiar os estudantes com *Quizzes*, detetar falhas na aprendizagem, bem como usar a IA para a investigação (pesquisa, escrita sintética, tradução e respostas a dúvidas) e ensinar os estudantes de segundo e terceiro ciclos a saber fazê-lo licitamente¹³.

Com este Relatório procuramos assim deixar-nos avaliar primordialmente, do ponto de vista, pedagógico, submetendo designadamente a nossa capacidade para criar um programa de uma Unidade Curricular (doravante UC), para estabelecer os métodos de ensino e os conteúdos da mesma, bem como os métodos de avaliação da aprendizagem, a um especialmente qualificado escrutínio, devendo cada um destes tópicos atinentes a esta Disciplina do 2.º Ciclo de Estudos pautar-se, parece-nos, pela sua pertinência, pela sua adequação e oportunidade.

Assim, apresentamos, imediatamente, um programa sucinto, isto é, enunciamos, agora, de modo genérico, as matérias objeto desta UC, indicamos os conteúdos, com o desenvolvimento de cada tema, expomos os vários métodos de ensino, bem como os métodos de avaliação dos estudantes, e a bibliografia. A seguir, divulgamos o Relatório em sentido estrito, que virá a ser um *Manual de Estudo* ou *Lições de Medição, Conciliação e Arbitragem Administrativas, onde se procura apresentar o levantamento de tópicos carecidos ainda de tratamento nestes*

¹² Sobre este assunto, escreve JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS (“Transição Digital no ensino do Direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. LXII (2021), 2, p. 827, disponível em <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2022/04/Jose%CC%81-Lui%CC%81s-Bonifa%CC%81cio-Ramos-2.pdf>, consultado em 19.08.2023) que “será, por isso, natural e compreensível que, numa época em que o digital facilita e promove o diálogo e a reflexão, contribua, muito naturalmente para promover conhecimento e ciência, contribuindo, assim, para uma Universidade mais apetrechada, de modo a enfrentar os desafios do Ensino de Direito, numa contemporaneidade, indesmentivelmente viva e actuante”.

¹³ Como se disse, por todas estas razões, somos assíduas frequentadoras dos Cursos de Formação de Docência que o Centro IDEA-Uminho tem vindo a disponibilizar aos docentes da UM, em parceria com a Universidade de Aveiro. Mais recentemente participámos na Formação de Docência +, Formação organizada pela Universidade do Minho e pela Universidade de Aveiro, em Águeda, nos dias 9, 10 e 11 de julho de 2023 (7.ª edição), e no que concerne à inovação propriamente dita, participámos em Formação sobre Experiências inovadoras de ensino, aprendizagem e Avaliação, Formação organizada pelo Centro IDEA-Uminho, 1.ª edição, 9 de fevereiro de 2023.

*domínios, a explicação das figuras e uma reflexão sobre a disciplina jurídica que é acolhida na Constituição e em múltipla legislação*¹⁴.

É com estes objetivos que apresentamos um Relatório sobre uma Unidade Curricular intitulada “Mediação, Conciliação e Arbitragem Administrativas”, inserido no Curso de Mestrado em Direito Administrativo, conducente ao Grau de Mestre em Direito Administrativo da Escola de Direito da Universidade do Minho, ciclo criado pelo Despacho RT/ C -165/2010, de 7 de dezembro, tendo o respetivo plano de estudos sido aprovado através do Despacho RT/C -89/2011, de 5 de setembro, e acreditado, em 26 de junho de 2011, pela Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior (A3ES) e, posteriormente, registado pela Direção-Geral do Ensino Superior (DGES) com o n.º R/A -Cr 107/2011.

A UC faz parte integrante do atual Plano Curricular do Curso de Mestrado em Direito Administrativo, tal como foi, posteriormente àquela data, alterado. Na verdade, no quadro de avaliação de ciclos de estudos em funcionamento, o Curso de Mestrado em Direito Administrativo foi alterado na sua estrutura e foram criadas as três áreas de especialização, tendo o novo Plano de Estudos sido aprovado e acreditado em 17 de novembro de 2017, por decisão do Conselho de Administração da A3ES, e, entretanto, registada pela DGES com o n.º R/A -Cr107/2011/AL01, em 16 de maio de 2018, tendo entrado em vigor no ano letivo de 2018/2019.

É a partir desta data que, de forma inédita no panorama nacional, a UC de Mediação, Conciliação e Arbitragem Administrativas passa a integrar um Ciclo de Estudos, neste caso do Mestrado em Direito Administrativo, com plena autonomia pedagógica e curricular, possuindo um programa e método próprios, sendo por nós lecionada desde essa altura até aos nossos dias, julgando que possuíamos (e continuamos a possuir) as qualidades para a ministrar.

É, em suma, nestas circunstâncias, que nos submetemos a estas provas, porque julgamos possuir as qualidades científicas e pedagógicas para lecionar a UC, comprovadas em mais de vinte e cinco anos de carreira académica, grande parte dela dedicada ao estudo dos métodos clássicos de resolução de conflitos emergentes das relações jurídicas administrativas. A par, nesse período, o tema da resolução alternativa de litígios jurídico-administrativos esteve

¹⁴ Seguindo J. M. SÉRVULO CORREIA (“A Arbitragem dos Litígios entre Particulares e a Administração Pública sobre Situações Regidas pelo Direito Administrativo), in: *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, 2014, pp. 683-720.), estes são objetivos importantes a alcançar nestas áreas crescentes, em que a Administração Pública está envolvida com os particulares, em situações regidas pelo direito administrativo.

igualmente no nosso objeto de estudo, sendo já esta uma das razões que justificam a escolha do tema da UC e da respetiva escolha para realização de relatório e avaliação em provas.

2. A justificação da Unidade Curricular

2.1. Introdução:

Eu não nasci apenas para ensinar; nasci para aprender e ensinar o aprendido¹⁵. Esta frase é a que melhor nos define como Professora Universitária: ensinar, sim. Aprender (primeiro) para ensinar (depois) e orientar, a seguir, para que o aluno aprenda sozinho, muito para além do ensinado.

A escolha da Unidade Curricular é naturalmente individual, ditada por razões de ordem intuitiva, própria e pessoal, mas é também uma escolha que se impõe externamente à candidata.

É um facto que gostaríamos de continuar a enriquecer infinitamente o nosso *curriculum* científico, e, simultaneamente, continuar a desfrutar do gosto pela investigação e continuar a experienciar a paixão pelo ensino.

A nossa escolha é dirigida a uma Unidade Curricular de um 2.º Ciclo correspondente à obtenção do grau de Mestre. Também por esta razão escolhemos esta UC. Entendemos, sobretudo, que depois da Declaração de Bolonha, de 19 de junho, e a criação do *Espaço Europeu do Ensino Universitário do Direito*, o Curso de Mestrado passou a desempenhar um lugar central na concretização dos projetos de ensino e de investigação nas universidades, a par tanto do de primeiro Ciclo como de terceiro, completando respetivamente o primeiro (que devido ao encurtamento traçado na *Agenda Bolonha* é tematicamente reduzido), quer preparando os alunos para o seguinte Ciclo de estudos¹⁶.

O receio na escolha desta Unidade Curricular existiu naturalmente, tal como já existiu aquando da sua previsão e acolhimento no Plano Curricular do Mestrado em Direito

¹⁵ Talvez a descrição do exemplo valha por mil explicações da nossa razão de ser Professora: em pequenita, não conseguindo aprender a tricotar sozinha, nem tão pouco conseguir aprender com a mão, salvou-me o meu pai, que se forçou ele mesmo a aprender para me ensinar depois.

¹⁶ Como refere JORGE MIRANDA [“Apreciação do relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino de uma disciplina de Direito Internacional Público (Processo no Tribunal Internacional de Justiça) apresentado pelo Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia a provas de agregação, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVIII, 2007, p. 596], “Não. O mestrado ocupa e deve continuar a ocupar um lugar fundamental dentro das nossas Faculdades de Direito”.

Administrativo, o mesmo se dizendo, por exemplo da UC de Direito Sancionatório Administrativo¹⁷. E existiu sobretudo dado o pioneirismo na sua configuração no quadro dos projetos de ensino na área das ciências jurídicas publicistas, por um lado, e, por outro, dada a escassez de elementos monográficos, de natureza académica. Mas, na balança dos *dos and don'ts*, pesaram sobremaneira as razões de ordem científica, traduzidas em desbravar novas áreas de ensino¹⁸, que se combinam com as preocupações de investigação e com a necessária tarefa de encontrar soluções para problemas tão atuais da realidade jus-publicista¹⁹.

O direito fundamental de acesso à justiça administrativa efetiva esteve sempre no centro das nossas preocupações académicas e científicas. Procurámos demonstrar no início do nosso percurso de investigadora a inevitabilidade da categoria da tutela de urgência e a absoluta relação de pertença desta àquele direito²⁰. O combate às sentenças platónicas, a preocupação pela demonstração das diversas dimensões do Direito de Acesso à Justiça Administrativa estiveram sempre na mira do nosso trabalho académico. Ao mesmo tempo, fomos transmitindo aos nossos alunos os resultados das pesquisas realizadas, tendo sempre como objetivo muito claro que os mesmos acolhessem na Universidade os ensinamentos e os levassem consigo para os aplicar na sua vida profissional, enquanto advogados, juízes, assessores e consultores especializados ou enquanto professores de direito processual administrativo.

¹⁷ Também para esta UC foi necessário preparar um programa sucinto e desenvolvido adequados. Sobre este assunto e o esforço académico desenvolvido, *vd.*, com a nossa coordenação, *Direito Administrativo Sancionatório: um Problema e muitos Desafios*, Almedina, Coimbra, 2022

¹⁸ JORGE MIRANDA (“Apreciação do relatório sobre a disciplina de Organização Administrativa da Saúde apresentado pela Prof.^a Doutora Maria João Estorninho em provas de agregação”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVIII, 2007, p. 577) entende que poderão existir mais ganhos “com o desbravar de novas áreas de ensino do que com o retomar de cadeiras já perfeitamente consolidadas”. No mesmo sentido, ainda que noutra contexto e para uma Unidade Curricular diferente, *vd.* MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito Social da União Europeia — Relatório*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 17-18.

¹⁹ Também para esta UC foi necessário preparar um programa sucinto e desenvolvido e recolher contributos vários, incluindo de alunos que foram estudando os temas em análise. Sobre o esforço académico desenvolvido e alguns resultados, *vd.*, com a nossa coordenação, *Resolução alternativa de litígios jurídico-públicos. Novas sobre a mediação, a conciliação e a arbitragem administrativas. Estudos em comemoração do 10.º aniversário do Curso de Mestrado em Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2022.

²⁰ Sobre o tema, em geral, *vd.* o nosso *Processo temporalmente justo e urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

Hoje, no âmbito da Unidade Curricular de Mediação, Conciliação e Arbitragem Administrativas do Curso de Mestrado em Direito Administrativo, é inevitável voltar ao tema da litigiosidade emergente das relações jurídicas administrativas para dizer da necessidade de o Direito Público conceber métodos e instrumentos efetivos de composição desses conflitos, que sejam na lei espelho do direito fundamental de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional administrativa efetiva, acolhido na Constituição da República Portuguesa, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Juntamos as duas missões, em suma, a da investigação e a do ensino, a que acrescentamos uma terceira, que é a de impulsionar os estudantes para a reflexão, para o estudo, ou seja, para a investigação. Pretendemos sempre, em cada ano letivo, apresentar um especial desafio de estudo aos alunos. E é precisamente, mais uma vez, alertando para as fragilidades do contencioso da execução de sentenças administrativas, que ambicionamos que os nossos alunos de Mestrado reflitam sobre o necessário melhoramento dos métodos e instrumentos de resolução de conflitos emergentes das relações jurídicas administrativas. E assim é sobretudo quando os desafiamos a pensar sobre as possibilidades da mediação administrativa ou as vantagens da arbitragem na contratação pública através de centros de arbitragem como temas para reflexão, em tempo longo, para elaboração dos seus trabalhos finais com vista à avaliação, no ano letivo em curso, ou até para a elaboração das suas dissertações de Mestrado, procurando que os mesmos pautem a sua escolha pela pertinência e oportunidade do estudo nestes domínios — trazendo, por exemplo, para dentro do regime jurídico atinente à execução das sentenças a necessária introdução da mediação e da conciliação administrativas, — ou escolhendo o tema da confidencialidade e a respetiva harmonização com os deveres de publicidade e de transparência administrativas.

Ao mesmo tempo, visamos estabelecer pontes de diálogo entre esta Unidade Curricular e a de Direito Processual Administrativo do mesmo Curso de Mestrado em Direito Administrativo.

A inutilidade das sentenças, a constituição das situações de facto consumado estão no centro das preocupações da investigadora e da pedagoga. Por isso exibimos e desafiámos os casos práticos.

Os riscos e as possibilidades da Resolução Alternativa de Litígios no domínio da composição de conflitos emergentes de relações jurídicas administrativas, bem como os dilemas da operacionalização da mediação administrativa são também preocupações absolutamente

centrais no programa e é por isso que se configura a realização de seminários na parte final da lecionação da Unidade Curricular.

2.2. Programa da Unidade Curricular, calendarização, métodos de ensino e avaliação

2.2.1. Programa

Neste sentido, propomo-nos, de seguida, apresentar e justificar o Programa para a Unidade Curricular que escolhemos e que é, conforme já foi dito no ponto anterior, Mediação, Conciliação e Arbitragem Administrativas, iniciando-o com uma Introdução, justificando a inclusão de certas matérias em detrimento de outras e, por último, apresentando-o numa medida que o bom senso nos dita como certa²¹ — o que esperamos possuir, em primeiro lugar, e, conseguir, depois.

O tema está na ordem do dia por muitas razões, destacando-se as vicissitudes da arbitragem em matéria de contratação pública. Mas o tópico da mediação administrativa suscita cada vez mais reflexões, tendo em conta as vantagens que a mesma traz consigo e cujo uso as Instituições Europeias cada vez mais promovem²².

Assim, entende-se que este Programa apresenta um conteúdo unitário, coerente, sistematizado e articulado e não um simples aglomerado de ideias soltas e sem ligação, até porque isso não corresponderia ao que é exigido. Por esse motivo, em termos de estrutura e atendendo à ampla margem que é estabelecida pelo art. 5.º, alínea *b*), do DL n.º 239/2007, o qual apenas se refere, sem mais, a um “relatório sobre uma unidade curricular, grupo de unidades curriculares, ou ciclo de estudos, no âmbito do ramo do conhecimento ou especialidade em que são prestadas as provas”, entende-se adequado o seguinte *Programa para esta Unidade Curricular de Mestrado em Direito Administrativo*.

²¹ Seguindo a sábia orientação de JORGE MIRANDA [“Apreciação do relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino de uma disciplina de direito internacional público (processo no tribunal internacional de justiça) apresentado pelo Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia a provas de agregação”, *cit.*, p. 596], que diz: “Trata-se ainda de uma questão de bom senso. Se os candidatos pretendem enriquecer as respectivas bibliografias com estudos relativos ao objecto das disciplinas, que o façam autonomamente, antes ou depois das provas; ou então, que publiquem as correspondentes lições, aumentando ou melhorando os materiais de estudo ao dispor dos alunos”.

²² Sobre o tema, *vd.* o nosso, “Mediação administrativa em Portugal: Volvida uma dezena de anos, fica uma centena de possibilidades”, In: *A lei da mediação de conflitos. estudos sobre a sua aplicação*, Coordenação, CÁTIA MARQUES CEBOLA, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 313-347.

MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM ADMINISTRATIVAS

PROGRAMA SUCINTO

I — Introdução: Direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva e Mecanismos de Resolução Alternativa de Litígios (ADR)

§ 1. Apresentação

§ 2. Dimensões e alcance

II — ADR: a estirpe

§ 1. Noções gerais

§ 2. Subespécies: negociação, mediação, conciliação e arbitragem

§ 3. Desenvolvimentos introdutórios

III — A Mediação e a Conciliação Administrativas

§ 1. A Mediação Administrativa extraprocessual e a intraprocessual

§ 2. Desenvolvimentos específicos

§ 3. Regime jurídico (ou ausência dele)

IV — A arbitragem administrativa

§ 1. Noções gerais

§ 2. Desenvolvimentos específicos

§ 3. Regimes jurídicos (multiplicidade)

V — A mediação, a conciliação e a arbitragem administrativas: problemas e desafios

Ciclo de Seminários/Webinars no âmbito da UC de Mediação, Conciliação e Arbitragem Administrativas:

Ano letivo 2023/2024 (a organizar)

2.2.2. Calendarização e métodos de ensino

Atendendo ao programa e ao número de horas de contacto desta Unidade Curricular, pretendemos agora enunciar a sua calendarização, tendo em atenção que a distribuição das matérias pelo tempo disponível deve atender à extensão das mesmas, mas, também, e sobretudo, à importância no âmbito da UC. Relevante também nesta altura é a metodologia de ensino que adotamos nesta Unidade Curricular²³.

O facto de, para cumprimento da parte final do programa, as aulas serem dadas segundo este regime de seminário ou *Webinar*, corrobora o que defendemos anteriormente, de que os estudantes têm de ter uma capacidade de investigação autónoma, investigação esta que deve ser feita previamente, já que, antes de cada seminário, e com uma antecedência razoável, sabem qual vai ser o seu conteúdo (tendo para o efeito lido os elementos bibliográficos disponibilizados). Só assim é possível alcançar uma discussão frutífera, no final de cada sessão, e uma orientação para a investigação, que necessariamente se seguirá no final de cada sessão. Garantir envolvimento-participação na aprendizagem aos estudantes, no sentido de que aprendem melhor quando: i) estão envolvidos no processo, podendo os mesmos controlar parte do que aprendem, “na lógica dos terços”; ii) têm autonomia no processo; iii) não se lhe devendo ensinar o que podem aprender sozinhos, sendo certo que a avaliação é parte do processo de aprendizagem²⁴.

É precisamente por isso que propomos que na segunda parte do Curso funcionem seminários, onde existirá discussão dos temas previamente definidos no programa, envolvendo todos os estudantes, que poderão ser cerca de 15, tal como consta do regulamento do Mestrado e dos editais relativos ao ingresso no Mestrado que fixam as vagas para cada área de especialização.

²³ Por todas estas razões, sentimos necessidade de reforçar os nossos conhecimentos didáticos. Mais recentemente participámos na Formação de Docência +, Formação organizada pela Universidade do Minho e pela Universidade de Aveiro, em Águeda, nos dias 9, 10 e 11 de julho de 2023 (7.ª edição), onde a par das metodologias clássicas, foram sendo introduzidas metodologias inovadoras, em que as TIC podem ser úteis e facilmente usadas pelos alunos e docente. Sobretudo, foram sendo explicadas as novas ferramentas de investigação que os mestrandos podem usar para elaborar as suas investigações na área, tendo em conta a necessária elaboração de teses de mestrado.

²⁴ Seguimos MIKE SHARPLES, *Innovating Pedagogy 2017: Exploring new forms of teaching, learning and assessment, to guide educators and policy makers*. Open University Innovation Report 6. The Open University, Milton Keynes, UK, 2019, acessível em: <http://oro.open.ac.uk/52761/>, consultado em 17.08.2023.

“A Universidade deve ser um centro de debate, uma fábrica de cidadania ativa, uma forja de inquietações solidárias e de rebeldia construtiva”²⁵. É isto que esperamos destas sessões letivas, traduzidas em seminários (sessões híbridas ou simplesmente *Webinars*).

Lembramos o percurso feito e a experiência já adquirida nesta Unidade Curricular, tendo sido possível contar com a presença de Professores, de Investigadores e de Práticos na resolução alternativa de litígios jurídico-públicos.

No ano letivo 2022/2023, escolhemos apenas tratar a Mediação Administrativa em seminários, tendo escolhido os seguintes tópicos e palestrantes:

- Doutora Cátia Cebola: A mediação em Portugal: mais de dez anos de Lei de Mediação
- Dra. Fernanda Calixto: Da (in)disponibilidade de Direitos
- Doutor Fernando Martín Diz: A mediação administrativa: a perspetiva espanhola
- Doutora Maria de Lurdes Mesquita: Técnicas de mediação (pública): a Mediação 4.0

No ano letivo 2021/2022 tivemos a presença de:

- Doutor Rui Medeiros: A arbitragem administrativa
- Dr. Tiago Serrão: A (necessária) lei de arbitragem voluntária administrativa
- Dra. Tânia Carvalhais Pereira: A arbitragem institucionalizada: o exemplo do CAAD
- Dr. Vasco Cavaleiro: A arbitrabilidade de atos sancionatórios

²⁵ Como escreve JORGE MIRANDA (“Arguição do relatório sobre a disciplina de Organização administrativa da saúde apresentado pela Prof.ª Doutora Maria João Estorninho em provas de agregação”, *cit.*, p. 577), “A Universidade deve ser, nos dias de hoje, um espaço plural e diversificado, no qual seja possível desenvolver actividades diversas. E a lógica de Bolonha parece ir nesse sentido, ao distinguir, por exemplo, ao nível do ensino pós-graduado, diversos tipos de mestrado, uns de natureza profissionalizante e outros vocacionados para a investigação é importante distinguir vários níveis, propondo actividades diferentes (umas, pensadas para destinatários que, numa lógica profissionalizante, pretendam aprofundar o seu conhecimento da realidade das estruturas administrativas da saúde e, outras, destinadas àqueles que queiram dedicar-se a temas de investigação). Em vez de uma estratégia de comunicação orientada quase exclusivamente do docente para os estudantes, colectivamente, é necessário passar a experiências baseadas na intervenção do docente no trabalho individual do estudante, com níveis diversificados de ajuda (págs. 30-31), de modo que cada estudante possa ir tão longe quanto as suas capacidades, a sua vontade e o seu esforço o permitam (pág. 37). E, para isso, desde logo, em vez de monólogos expositivos, é necessário transformar algumas aulas em espaço de trabalho activo e criativo dos alunos individualmente ou em grupo (pág. 38)”.

— Doutora Cátia Cebola: A mediação *online* de conflitos públicos

No ano letivo 2020/2021, contamos com as explicações e inquietudes de:

- Dr. Tiago Serrão: A (necessária) lei de arbitragem voluntária administrativa
- Dr. Nuno Villa-Lobos: A arbitragem institucionalizada: o exemplo do CAAD
- Dr. Vasco Cavaleiro: A arbitrabilidade de atos sancionatórios
- Doutor Artur Flamínio: A arbitragem em matéria desportiva: o acesso efetivo ao Tribunal Arbitral do Desporto
- Doutora Cátia Cebola: A mediação de conflitos públicos
- Dra. Fernanda Calixto: RAL e transição digital

No ano letivo 2019/2020, durante a Pandemia Covid-19, pudemos ter à distância:

- Dr. Tiago Serrão: A (necessária) lei de arbitragem voluntária administrativa
- Dr. Nuno Villa-Lobos: A arbitragem institucionalizada: o exemplo do CAAD
- Dr. Vasco Cavaleiro: A arbitrabilidade de atos sancionatórios
- Doutor Artur Flamínio: A arbitragem em matéria desportiva: o acesso efetivo ao Tribunal Arbitral do Desporto
- Doutora Cátia Cebola: A mediação de conflitos públicos – domínios possíveis
- Dra. Fernanda Calixto: RAL e transição digital

E, no ano letivo 2018/2019, e pela primeira vez, contamos com as palestras de:

- Mestre Vasco Cavaleiro: A mediação administrativa e o poder sancionatório da Administração
- Dr. Nuno Albuquerque: A arbitragem desportiva (O Tribunal Arbitral do Desporto)
- Mestre Tânia Carvalhais: A arbitragem institucionalizada: a experiência do CAAD

Com esta “rebeldia construtiva”, para usar a expressão que não é nossa²⁶, os estudantes devem conseguir identificar os principais problemas e desafios que a resolução alternativa de litígios coloca a todos, ficando despertos e aptos a pensar por si próprios, devendo ser capazes de explicar e de defender as suas ideias e, obviamente, de passá-las para a escrita. Os

²⁶ Vd. JORGE MIRANDA, “Arguição do relatório sobre a disciplina de Organização administrativa da saúde apresentado pela Prof.^a Doutora Maria João Estorninho em provas de agregação”, *cit.*, p. 577.

estudantes têm de ser capazes de discutir, mas também de pensar bem, antes de escrever (ainda que escrever bem seja absolutamente necessário e determinante na metodologia de avaliação que também pretendemos adotar) Sobretudo, pensando na experiência prática dos que estagiam na Administração Pública ou realizam assessoria jurídica e advocacia, pretendemos que saibam reconhecer os conceitos, os institutos e os regimes jurídicos, saibam identificar as dificuldades e as questões subjacentes e saibam operacionalizar as ferramentas de solução.

Atendendo a este aspeto e com a flexibilidade que indicamos já previamente, assumimos a opção por uma distribuição temporal em termos bastante genéricos e meramente indicativos, favorecendo a adaptabilidade às circunstâncias, conforme referimos, sendo certo que a primeira grande parte do programa traduz-se na definição de conceitos, na descrição de regimes jurídicos e na explicação de figuras. Só depois de consolidada a parte estrutural do programa com a assimilação de conteúdos será possível a descoberta de dificuldades concretas na aplicabilidade de mediação, conciliação e arbitragem ao domínio dos conflitos administrativos e a abertura para a discussão das possibilidades.

Assim, tendo em atenção o programa previamente referido, a calendarização proposta, que pressupõe 24 horas de lecionação, é a seguinte:

I — Introdução: Direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva e *Alternative Dispute Resolution* (ADR) — 2 horas

II — *Administrative Dispute Resolution* (ADR): A estirpe

1. Noções gerais e desenvolvimentos introdutórios — 2 horas

III — A Mediação administrativa

1. Introdução — 2 horas

2. Desenvolvimentos específicos (o regime jurídico ou ausência dele) — 4 horas

IV— A arbitragem administrativa

1. Introdução — 2 horas

2. Desenvolvimentos específicos — 6 horas

V — A Conciliação, a mediação e a arbitragem administrativas: problemas e desafios — 6 horas.

Normalmente, este assunto temático é tratado no quadro de um Ciclo de Seminários/Seminários em modelo híbrido e/ou *Webinars* no âmbito da Unidade Curricular de Mediação, Conciliação e Arbitragem Administrativas.

No próximo ano letivo, continuaremos a estudar a Mediação Administrativa, tendo escolhido os seguintes tópicos e palestrantes:

- Doutora Cátia Cebola: O lugar na conciliação nos modelos de ADR
- Dra. Fernanda Calixto: Da (in)disponibilidade de direitos públicos
- Doutor Fernando Martín Diz: A mediação administrativa necessária ou obrigatória: o caso espanhol
- Doutora Maria de Lurdes Mesquita: Técnicas de mediação

V — Apresentação/Discussão de relatórios pelos estudantes sobre as matérias lecionadas — 4 horas

2.2.3. Métodos de avaliação

A avaliação dos estudantes constitui um elemento fundamental, que merece uma particular atenção, nos dias de hoje, sobretudo porque se exigem mais atenção à necessidade de introduzir a avaliação como instrumento de aprendizagem, ele mesmo, por um lado, numa lógica de feedback em ambos os processos. Por outro, porque as TIC também aqui devem ser tidas em conta²⁷.

De um modo e de outro, não pode avaliar-se sem previamente ensinar, mesmo tendo em conta o modelo de Seminários, metodologia de que se serve a docente na segunda parte do cumprimento do programa, e que sempre permite que uns participem mais e discutam mais os temas em sala de aula do que os outros, também não pode ensinar-se sem avaliar os resultados da aprendizagem. Importa ter sempre presente os princípios do processo de avaliação: equidade (para avaliar competências e conhecimentos adquiridos), autenticidade, transparência e clareza, fundamentação e responsabilidade.

Se é verdade que existe liberdade pedagógica e o docente tem o poder de escolher os métodos de avaliação que considere pertinentes, contudo, deve ter-se em atenção, e respeitar-se, o

²⁷ Foram as inquietações da atualidade, em que se vem exigindo mais consensualidade, bem como outros desafios da avaliação por pares ou com utilização das TIC, que nos levou a frequentar a Formação sobre Avaliação +, Formação organizada pelo Centro IDEA-Uminho, 2.ª edição, nos dias 22 e 28 de junho 2023. No que concerne à inovação propriamente dita, participámos em Formação sobre Experiências inovadoras de ensino, aprendizagem e Avaliação, Formação organizada pelo Centro IDEA-Uminho, 1.ª edição, 9 de fevereiro de 2023.

quadro regulamentar estabelecido para os métodos de avaliação pela instituição de ensino superior onde a Unidade Curricular se insere. Assim, além de se observar o Regulamento Académico da Universidade do Minho e o Regulamento que estabelece o regime de avaliação dos cursos da Escola de Direito da Universidade do Minho, respeita-se também o regime de avaliação previsto no Regulamento Conducente à obtenção do grau de Mestre em Direito Administrativo.

E assim ao se estabelecer como método de avaliação a elaboração de um relatório, importa ter presente que a utilização da IA generativa pode conduzir a fraude académica, pelo que se vem recomendando que se redefinam critérios de avaliação e se orientem os alunos os alunos quanto à utilização lícita de fontes de ChatGPT. Por isso mesmo, entendemos essencial a apresentação e discussão do mesmo trabalho escrito na sala de aula, o que significa que serão dois os elementos de avaliação. A ponderação que nos parece preferível para a avaliação e classificação final, sujeita a uma adaptação razoável e pautada, tal como a calendarização, por ter necessariamente alguma flexibilidade, é de 50% para o trabalho escrito e de 50% para a apresentação oral, sendo certo que a avaliação será realizada pelo docente e pelos pares, numa proporção correspondente a 75%-25% — sendo possível alguma “negociação” de percentagens com os alunos (“students as partners”), numa lógica que nos parece hodiernamente necessária²⁸.

Para o efeito, esta metodologia de avaliação, que pressupõe a formação de 3 grupos com 5 alunos, impõe ao Docente que apresente uma grelha de pontuação para uniformidade de avaliação por pares. Cada grupo avaliará 5 trabalhos, tanto na dimensão escrita como na apresentação oral.

Parece-nos que a elaboração de um relatório escrito pelos estudantes é uma peça muito importante para a adequada preparação dos mesmos e, claro, para a sua avaliação. Estes relatórios servem, ainda, para treinar os estudantes, para a elaboração de um trabalho de maior fôlego que é a dissertação de mestrado, preparando-os para os problemas que ao longo dos meses seguintes enfrentarão.

Contudo, uma avaliação não ficaria completa sem aferir as capacidades argumentativas dos estudantes, a sua oralidade, a sua aptidão para discutir e apresentar argumentos, assim como a sua faculdade crítica. Todos devem apresentar os relatórios e discuti-los com os colegas,

²⁸ Seguimos MIKE SHARPLES, *Practical Pedagogy: 40 New Ways to Teach and Learn*, Abingdon: Routledge, 2019 acessível em <http://oro.open.ac.uk/59682/>, consultado a 18.08.20023.

que terão também de participar, sujeitando-se assim ao crivo crítico destes e da docente. Por isso é que no programa previamente apresentado reservamos 4 horas para apresentação e discussão dos relatórios por parte dos estudantes, pelo que parte relevante do trabalho é feito pelos estudantes em grupo, fora da sala de aulas, sendo o modelo Team Based Learning (TBL) usado assim também para avaliação. Seguimos de qualquer modo a máxima (falsamente) atribuída a Einstein no sentido de que importa o mais possível encontrar soluções que premeiem o esforço e permitam que a avaliação se traduza em aprendizagem ela mesma: “Not everything that counts can be counted, and not everything that can be counted counts”²⁹.

2.3. Bibliografia

A bibliografia indicada é meramente indicativa. Constitui um início de um caminho que os estudantes terão de saber trilhar sozinhos. A Bibliografia indicada no final do Relatório é isso mesmo: apenas indicativa.

Eu ensino. “Não ensino matemática ou línguas, nem tão pouco teoria dos jogos ou neurobiologia. Ensino Direito Administrativo. Não é matéria querida pelos alunos, precisamente. E não compreendo porquê”³⁰.

²⁹ Sobre o assunto, vd. informação acessível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/bjh.14626>, consultado a 17.08.2023.

³⁰ A expressão é uma glosa a MARCOS VAQUER CABALLERÍA, *El Discreto Encanto del Derecho Administrativo*, 2.ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2021.

II.

RELATÓRIO EM SENTIDO ESTRITO

ou

*INTRODUÇÃO À MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM
ADMINISTRATIVAS*

Ao meu Pai, O que vai à frente, com milhões de sonhos lindos

À minha Mãe, A que o segue, e faz os sonhos serem verdade

À Leonor Isabel, o sonho mais lindo sonhado

INTRODUÇÃO À MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM ADMINISTRATIVAS

Sumário: I — *Introdução: O direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva e Alternative Dispute Resolution (ADR)*. 1. *Apresentação e contextualização*. 2. *Dimensões e alcance*. II — *ADR: A estirpe*. 1. *Noções gerais e desenvolvimentos introdutórios*. 2. *A Mediação administrativa: Desenvolvimentos específicos*. 3. *A Arbitragem administrativa: Desenvolvimentos específicos*. III — *A conciliação, a Mediação e a Arbitragem administrativas: Problemas e desafios*. 1. *Problemas e desafios comuns*. 2. *A Arbitragem administrativa: questões em aberto*. 3. *Algumas notas finais*.

I — Introdução: O direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva e Alternative Dispute Resolution (ADR)

1. Apresentação e contextualização

A negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem, comumente designadas como mecanismos de resolução alternativa de litígios ou de conflitos — na tradução livre da expressão inglesa *alternative dispute resolution* (ADR) —, têm alcançado em todos os domínios, e não apenas no dos conflitos jurídico-administrativos, um exponencial crescimento³¹. E é disto prova o sucessivo reforço do quadro normativo que aqui os prevê. O caminho, entre nós, é também no sentido da previsão de uma justiça administrativa consensual³².

Sobre a arbitragem administrativa têm sido evidentes a constante ampliação das suas possibilidades e os melhoramentos pontuais, como se pode confirmar pelas alterações introduzidas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) — *maxime* aos artigos 180.º a 187.º — e no artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos (CCP). No que respeita à mediação e à conciliação, considere-se, designadamente, o artigo 87.º-C do CPTA, que as acolhe dentro do próprio processo administrativo declaratório. Some-se ainda a

³¹ Sobre o tema, *vd.* MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 17 e ss.

³² Sobre os conceitos, *vd.* SILVANA DALLA BONTÀ, “Giustizia consensuale” (pp. 3 e ss.) e PAOLA LUCARELLI, “Mediazione dei conflitti: una *spinta* generosa verso il cambiamento” (pp. 15 e ss.), ambos publicados in *Giustizia Consensuale*, rivista semestrale, diretta da Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli, vol. I, n.º 1, 2021.

crescente atividade do Tribunal Arbitral do Desporto (TAD)³³ e os resultados apresentados pelo Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD)³⁴, no que concerne, sobretudo, à arbitragem tributária. E muitas outras soluções pontuais e dispersas de acolhimento de métodos de resolução alternativa de litígios estão previstas em legislação avulsa.

Se é verdade que a arbitragem, a mediação e a conciliação têm significativa aplicação no espaço de resolução de litígios entre privados, também é verdade que, para resolver conflitos administrativos, de entre o conjunto de ferramentas incluídas na categoria de ADR, a arbitragem tem sido muito mais experimentada. Aliás, impõe-se reconhecer que, entre nós, tem existido mesmo um recorrente recurso à arbitragem no domínio da contratação pública, especialmente no que respeita a dirimir conflitos entre o empreiteiro e o dono da obra e entre concedentes e concessionários. Em abono da verdade, a arbitragem foi sendo prevista, durante anos, como a única modalidade legalmente consentida para dirimir os conflitos emergentes de parcerias público-privadas (PPP)³⁵.

Inclusive, nos nossos dias, não se assiste apenas a um reforço constante dos sistemas de mediação privada, mormente nos domínios civil e comercial, sendo certo que, neste domínio, tal impulso é devido à dinâmica europeia. Existe também, no plano do Direito comparado, uma enorme abertura por parte do legislador para prever formas de resolução de litígios no domínio do contencioso administrativo. Neste sentido, assistimos ao alargamento do âmbito da arbitragem, por exemplo, e ao acolhimento da mediação e da conciliação no âmbito do contencioso administrativo (seja dentro do próprio processo administrativo), a que se chama vulgarmente mediação e conciliação intraprocessuais³⁶, seja fora desse contencioso instalado, sendo aqui de realçar a solução acolhida no modelo francês, a partir de 2017³⁷. Quer a hipótese de celebração de acordos dentro do processo, tanto na parte do processo

³³ Sobre o tema, *vd.* ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Apresentação”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 15, 2021, volume especial *Arbitragem Desportiva*, pp. 5 e ss.

³⁴ Sobre o tema, *vd.* NUNO VILLA-LOBOS/TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA, “A natureza especial dos tribunais arbitrais tributários”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, vol. VII, 2014, pp. 87 e ss.

³⁵ Sobre o tema, *vd.* o nosso “A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?”, in *Arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios*, Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 159-178.

³⁶ Por todos, quanto ao contencioso administrativo, *vd.* FERNANDO MARTÍN DIZ, *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2018. *Vd.*, tb., SILVIA BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional de conflictos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

³⁷ Por todos, *vd.* RHITA BOUSTA, *La notion de médiation administrative*, Collection Logiques Juridiques, L’Harmattan, 2021.

declaratório como no contencioso executivo, no caso espanhol, quer as hipóteses francesas, que traduzem a sua configuração em sentido estrito, como mecanismo necessário ou obrigatório antes do recurso aos tribunais administrativos, a partir de 2017, e também o seu acolhimento, em tantas matérias, em sentido amplo e até equívoco, enquanto modo de os serviços públicos solucionarem informal e preventivamente os conflitos administrativos³⁸, ambas as possibilidades são pensadas num quadro de estudo de Direito comparado — estudo que sempre procuramos despertar nos nossos alunos de mestrado.

Dito isto, importa-nos também tentar compreender e explicar as razões deste caminho percorrido e relacionar a evolução do quadro normativo aplicável nestes domínios com os méritos dos próprios mecanismos alternativos de resolução de litígios e os deméritos do sistema da justiça realizada nos tribunais do Estado. Neste caso, faz sentido lembrar tanto a demora recorrente na obtenção de uma sentença, em primeira instância, nos tribunais do Estado, como o tempo longo de espera para obtenção do acórdão do respetivo tribunal superior e a transição em julgado do mesmo, como evidenciar as típicas situações de facto consumado que 15 anos depois uma decisão judicial encontra à sua espera para ser executada, como os insondáveis métodos de cálculo do *quantum* de indemnização pela impossibilidade de reconstituição da situação hipotética atual. É certo que o que se afirmou não traduz a passagem mais original deste texto. Quanto aos problemas endémicos do funcionamento dos tribunais do Estado e quanto à demora patológica do processo administrativo nada há a acrescentar, pois, em suma, tudo já foi dito.

Quanto às razões que justificam o uso recorrente de ADR, em concreto sobre a arbitragem, é comum dizer-se que este mecanismo tem aptidão para resolver os problemas que se colocam no domínio da contratação pública, mormente no que respeita à execução de contratos de empreitada e concessões de obras e serviços, sobretudo de incumprimento do contrato, de execução defeituosa dos trabalhos, de revisão de preços, de responsabilidade por incumprimentos, de reequilíbrio financeiro, sendo um método que não deixa os litigantes à espera, que não envia o assunto em discórdia para as “calendas gregas” e que, em suma, impede, o mais possível, a formação das situações de facto consumado. Ora, que tudo isto espelha recíproca e simultaneamente o grande “do” da arbitragem e o maior “don’t” dos tribunais do Estado ninguém vem contestando, diga-se, finalmente.

³⁸ *Ibidem*.

E que a mediação apresenta inúmeras vantagens de solução pacificadora e restaurativa para os mediados, quer em termos globais, do ponto de vista do serviço público, quer em termos pessoais e relacionais, também é comumente eleita como a melhor das vantagens que este mecanismo poder oferecer nos conflitos jurídico-administrativos³⁹. Isto porque, pragmaticamente, tal mecanismo diminui os custos inerentes à resolução de conflitos; reduz o tempo médio de resolução do conflito; permite que os participantes controlem os procedimentos, desde o início até ao fim, uma vez que a decisão de iniciar ou colocar termo à mediação está na disponibilidade das partes; mantém a confidencialidade do conflito; sendo, em suma, um meio mais flexível e informal de encontrar a solução para o conflito. Ademais, do ponto de vista qualitativo, a mediação permite ainda a melhoria do relacionamento entre as partes, ou pelo menos evita a sua deterioração, na medida em que promove um ambiente de colaboração na abordagem ao problema; permite sanar o conflito, uma vez que o mesmo é tratado a fundo e de acordo com os critérios valorizados pelas partes e não de acordo com critérios estabelecidos exteriormente; reduz o desgaste emocional, pois facilita a comunicação entre as partes; possibilita a efetiva reparação pessoal, uma vez que são as partes que chegam à solução para o problema. Como tal, a mediação configura um mecanismo recomendável para a resolução de litígios relativos a relações que se desejam restabelecer ou a situações que permanecem no tempo, de modo que possa existir uma restauração da relação ou da situação, que se considera que perdurará após o litígio e que terá de ser restabelecida, como acontece nos conflitos em matéria de emprego ou nos atinentes a relações especiais de poder⁴⁰.

No ensino e na investigação nesta Unidade Curricular damos particular atenção aos temas que mais dúvidas suscita a aplicação de ADR no domínio público. Há, na verdade, algumas fragilidades na aplicação destes mecanismos aos litígios jurídico-administrativos que ficam

³⁹ Sobre o tema, por todos, *vd.* FERNANDO MARTÍN DIZ, *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, *cit.*

⁴⁰ Para um exemplo, muito concreto, *vd.* MARTA GARCÍA PÉREZ, “La mediación intrajudicial en ejecución de sentencia. El caso del antiguo edificio de Fenosa (A Coruña, España)”, in *Estudos de conciliação, mediação e arbitragem: o estado da arte*, Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), Coleção Estudos Jurídicos — Mestrado em Direito Administrativo AEDUM/NEDIP, Braga, 2019, pp. 87-122; e AA.VV., *Resolução Alternativa de Litígios Jurídico-Públicos. Novas sobre a mediação, a conciliação e a arbitragem administrativas. Estudos em comemoração do 10.º Aniversário do curso de mestrado em Direito Administrativo*, Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), Almedina, Coimbra, 2022, pp. 57 e ss.

constantemente registadas nos textos académicos portugueses e em obras e artigos publicados no panorama do Direito comparado⁴¹.

Procuramos partilhar com os alunos essas incertezas e ambicionamos inquietá-los para a reflexão e para a procura de soluções que minimizem as atuais vulnerabilidades existentes.

Em primeiro lugar, tem suscitado discussão o tema do respetivo *âmbito* de aplicação, sendo na Unidade Curricular aquilatadas as dimensões de *transigibilidade*, *mediabilidade*, *conciliabilidade* e *arbitrabilidade* das matérias e dos litígios jurídico-administrativos, situando-se a questão no quadro dos respetivos alcance e limites, que decorrem precisamente do domínio da reserva jurisdicional dos tribunais do Estado, receando-se a existência de uma privatização da justiça administrativa e uma anunciada fuga aos tribunais administrativos permanentes do Estado.

Portanto, um assunto difícil para o qual chamamos a atenção é o da *transigibilidade*, *mediabilidade*, *conciliabilidade* e *arbitrabilidade* das matérias jurídico-públicas e dos litígios jurídico-administrativos.

Em segundo lugar, dada a multiplicidade, a fragmentação e a incongruência da disciplina que lhe é aplicável, tem estado no centro da discussão a insuficiência do regime de ADR, uma vez que são muitos e contraditórios os regimes a aplicar e nem todos são suficientes para ditar regras claras para a sua aplicação às controvérsias jurídico-administrativas, discutindo-se na academia diversas propostas: *i)* ora equacionando uma lei de arbitragem jurídico-administrativa, uma vez que a Lei da Arbitragem Voluntária (LAV, Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro) é considerada insuficiente para responder às necessidades inerentes à resolução dos conflitos jurídico-públicos, o mesmo acontecendo em matéria de mediação administrativa (visto que a Lei de Mediação, LdeM, Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, tem sobretudo um regime configurado para a mediação civil e comercial); *ii)* ora redesenhando e alargando a dimensão dos deveres deontológicos do árbitro e do mediador jurídico-públicos⁴²; *iii)* ora harmonizando princípios norteadores, com vista a conciliar, designadamente, o princípio da confidencialidade com os deveres de publicidade e transparência administrativas, ou o princípio da igualdade com outras dimensões típicas da lide administrativa, onde figuram o Ministério Público e os contrainteressados. Todas as

⁴¹ Por todos, *vd.* JACQUES CAILLOSSE, Préface a RHITA BOUSTA, *La notion de médiation administrative*, *cit.*

⁴² Sobre a independência e a imparcialidade, sobre a ética e as obrigações do árbitro, *vd.* MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e prática arbitral*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 97 e ss.

propostas são apresentadas e discutidas, sobretudo no Ciclo de Seminários que inaugurámos nesta Unidade Curricular em 2019, mormente aquando da Pandemia Covid-19.

Finalmente, e em jeito de reforço, um assunto especialmente difícil, para o qual não deixamos de chamar a particular atenção dos alunos logo no início da lecionação da Unidade Curricular, é o da inexistência de um regime jurídico adequado, próprio, claro e suficiente para operacionalizar a mediação, a conciliação⁴³ e a arbitragem na resolução de litígios jurídico-administrativos. Recordamo-los de que no nosso ordenamento jurídico-administrativo estão contemplados diversos regimes jurídicos que são, cada vez mais, harmonizados com dificuldade, sendo de enorme complexidade o exercício de perceber qual é a regra e quais são os regimes especiais. Assim, quanto à arbitragem, esta está contemplada em disciplina própria no CPTA. E este faz aplicar, de modo imediato, a LAV, por exemplo. Por outro lado, existem regimes especiais que contemplam a arbitragem: na contratação pública, em conflitos em matéria desportiva, em matéria de medicamentos, em questões laborais, sendo, todos, exemplos a lembrar e a analisar, por isso, com cuidado, uma vez que a par e passo são evidenciadas soluções distintas que contrariam a regra. Veja-se o que se prevê em matéria de recorribilidade para os tribunais do Estado de sentenças ditadas pelos tribunais arbitrais.

Depois, quanto à mediação administrativa, o tema da insuficiência das regras relativas à sua operacionalização é evidente e o recurso à leitura da dogmática civilista é absolutamente necessário. O CPTA acolhe menos de meia dúzia de normas sobre a sua configuração dentro do processo administrativo declaratório, havendo igualmente regimes particulares pontuais para a mediação administrativa extrajudicial, mas, quer num caso quer no outro, o recurso ao regime principiológico da LdeM é insuficiente. De resto, neste caso, não há literatura administrativa que auxilie a superar a ausência de um quadro normativo expresso que deva aplicar-se às situações de tentativa de mediação e de conciliação⁴⁴.

Em matéria de negociação, o CPTA acolhe singulares possibilidades de celebração de acordos, tanto no contexto do processo declaratório como durante a execução de sentenças,

⁴³ Veja-se o Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, que aprova a orgânica da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego e estabelece que a mesma tem, entre outras competências, as de promover diligências de conciliação em caso de conflito individual em questões de igualdade e não discriminação entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional, de proteção da parentalidade e conciliação da atividade profissional com a vida familiar e privada, quando solicitado por ambas as partes.

⁴⁴ Lembrando isso mesmo, vd. o nosso, “Mediação administrativa em Portugal: Volvida uma dezena de anos, fica uma centena de possibilidades”, *A lei da mediação de conflitos. estudos sobre a sua aplicação*, Coordenação CÁTIA MARQUES CEBOLA, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 313-347.

sendo certo que o Código do Procedimento Administrativo (CPA) e o CCP estabelecem os termos dos mesmos acordos ou contratos.

Todas estas possibilidades estão, ainda assim, dependentes das possibilidades desenhadas, quer expressa quer implicitamente, na Carta Fundamental, em particular nos artigos 20.º e 268.º, bem como nos artigos 204.º e 209.º, sendo certo, contudo, que a sua utilização no domínio jurídico público tem tido a chancela do Tribunal Constitucional. A pesquisa de jurisprudência emitida sobre estes temas tanto pelo Tribunal Constitucional como pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos é um exercício de aprendizagem amiúde sugerido, sendo, aliás, um exercício metodológico de aprendizagem sempre bem acolhido pelos estudantes de segundo ciclo. Por isso mesmo, é também utilizada a jurisprudência atual dos tribunais nacionais para respaldo das nossas afirmações.

De um modo geral, o tema de ADR é bem acolhido pelos alunos. Estes, recorrentemente nos seus estudos sabem mapear os *dos and don'ts* destas ferramentas alternativas de resolução de conflitos, não sendo raro que nos seus trabalhos finais concluam a expressar que os métodos de resolução alternativa de litígios são mecanismos próprios, complementares ou adequados para certo tipo de litigância característica da justiça administrativa efetiva do século XXI, mormente quando falamos dos desafios da aplicação das Tecnologias da Informação e de Comunicação à ADR, levando-os a querer saber mais sobre ODR (Online Dispute Resolution)⁴⁵.

Há um ou outro estudante que lhe vai apontando severos limites, quando pensa nas suas possibilidades no campo dos litígios jurídico-públicos, revelando sensibilidade para com os riscos inerentes ao uso sem limites destes mecanismos de que lhes vamos dando conta ao longo das exposições⁴⁶.

Um tema especialmente difícil diz respeito à harmonização entre as regras atinentes à arbitragem administrativa e o *due process of law*, nas várias dimensões em que o processo equitativo deva ser considerado. A nossa reflexão mais alongada nesta Unidade Curricular,

⁴⁵ E nesse caso, lembramos o texto de COLIN RULE, “Reinventing Justice with Online Dispute Resolution” (pp. 169 e ss.) e o texto de SILVANA DALLA BONTÀ, “Una giustizia «co-esistenziale» online nello spazio giuridico europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-ODR per i consumatori”, (pp. 191 e ss.), ambos publicados in: *Giustizia Consensuale*, revista semestrale, diretta da Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli, vol. I, n.º 1, 2021.

⁴⁶ Sobre o tema, em geral, *vd.* o nosso “Aplicação da Convenção na arbitragem administrativa”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), vol. II, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 1030 a 1049.

já numa fase mais avançada do curso, versará sobre a obrigatoriedade da publicação das sentenças administrativas.

Não vamos, contudo, voltar ao ponto inicial: descrever o conteúdo do direito e sobretudo a dimensão do *due process of law* — direito ao processo equitativo ou devido processo legal ou direito que se impõe vertido em todos os processos em curso em qualquer tribunal, seja em tribunal do Estado ou tribunal arbitral — e perceber o *quantum* da extensão da sua aplicação aos mecanismos de ADR e em particular ao processo arbitral.

Já fomos pensando sobre as muitas situações de aparente rota de colisão entre a arbitragem e os princípios e regras fundamentais em que o direito ao processo equitativo se concretiza. Um destes princípios, como bem se compreende, é o da publicidade, em relação ao qual a confidencialidade da arbitragem aparenta estar em rota de colisão, pois esta exige menos transparência do processo e menor (ou nenhuma) partilha dos conteúdos das sentenças arbitrais. Assim foi acontecendo particularmente, entre nós, na arbitragem desportiva⁴⁷ e na administrativa⁴⁸.

Quanto ao tema da confidencialidade e da sua eventual desconformidade com o *due process of law*, a discussão está muito viva e vai sendo situada, ora no regime contratual e da disponibilidade das partes, *maxime* nos poderes de renúncia das partes à publicidade, ora no quadro da legalidade e do *Direito em sentido estrito* — que, ou não vê a confidencialidade como traço necessário da arbitragem, ou a vê, mas relativiza-a no quadro do *processo equitativo* que pressupõe publicidade. As reflexões que fomos fazendo ao longo dos tempos serão aqui também partilhadas com os nossos alunos, para que percebam o quanto o domínio temático aqui em aprendizagem é complexo.

Há, portanto, algumas incertezas em torno da concretização dos mecanismos de resolução alternativa de litígios no domínio jurídico-administrativo para as quais chamamos a melhor atenção dos nossos alunos, procurando cativá-los a identificar *os naturais limites da ADR para alcançar justiça administrativa efetiva*.

⁴⁷ Entre nós, sobre este assunto têm escrito ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, in *Revista de Direito Civil*, n.º 3, 2016, pp. 701 a 722.

⁴⁸ Entre nós, sobre este tema, por todos, *vd.* o nosso “A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro”, in *A Arbitragem Administrativa e Tributária, Problemas e Desafios*, Almedina, Coimbra, 2012.

Porque voltamos, constantemente, ao *processo temporalmente justo*, lecionamos com especial prazer a Unidade Curricular, visando, tanto do ponto de vista do ensino como da investigação, dar sempre o nosso melhor contributo, desta feita, um novo contributo: a autonomização da categoria da *alternative dispute resolution* (ADR), situando-a no tema do direito processual administrativo, enquanto dimensão que espelha o direito de acesso ao Direito e à justiça administrativa efetiva.

1.1.

O direito ao processo efetivo e temporalmente justo⁴⁹, a que já em outro momento demos particular atenção, encerra o direito de obter a resolução de um conflito através de mecanismos extrajudiciais.

Contudo, se em relação à mediação e à conciliação não existem muitos estudos que o afirmem⁵⁰, já no que concerne à arbitragem não podemos dizer o mesmo, uma vez que, aqui, são sobretudo as interrogações em torno da eventual rota de colisão entre os princípios da arbitragem e o direito ao processo equitativo que mais contribuem para o esclarecimento da pertinência destes mecanismos àquele direito fundamental.

Num caso e no outro voltamos ao ponto inicial: descrever o conteúdo do direito e, sobretudo, a dimensão do *due process of law* e a seguir perceber o *quantum* da extensão da sua aplicação aos ADR e em particular ao processo arbitral — assunto que, a bem dizer, nunca deixou de estar na ordem do dia, tanto na arbitragem doméstica como na arbitragem internacional, desde a arbitragem de investimentos à desportiva, tanto na arbitragem privada como na arbitragem pública, na administrativa e na tributária⁵¹.

⁴⁹ Sobre o tema do *due process of law*, seguiremos de perto o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, *cit.*

⁵⁰ Sobre o tema, em geral, *vd.* PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 35. E, da mesma Autora, *vd.* “*De minimis non curat praetor*. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efetiva e complementaridade”, in *O Direito*, Ano 140.º, n.º IV, 2008, p. 737. *Vd.*, tb., CÁTIA MARQUES CEBOLA, *La Mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 27 e ss.; e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, *cit.*

⁵¹ Entre nós, sobre o direito ao processo equitativo e designadamente quanto a este particular conflito entre arbitragem e direito ao processo equitativo, *vd.* LUIZ OLAVO BAPTISTA, “Confidencialidade na arbitragem”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 197 e ss.; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa (O projecto de revisão

No que respeita à harmonização do processo arbitral com o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)] impõe-se, de imediato, alertar para um fenómeno crescente do qual nos queremos afastar também de imediato, aqui, quando se eleva o princípio do processo justo a princípio fundamental do processo arbitral e princípio de ordem pública internacional: *due process of law paranoia*, como lhe chama ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO. Na verdade, no contexto das arbitragens internacionais, a sua violação é, por tudo e por nada, invocada. Este fenómeno revela-se por dois típicos comportamentos: um que caracteriza o estado de insegurança dos árbitros e outro que é apanágio das partes. Assim, quanto à primeira configuração, ele manifesta-se no receio excessivo por parte de árbitros de verem as suas decisões anuladas com fundamento na alegada violação de um dos corolários do direito ao processo equitativo. Na outra perspetiva, este fenómeno revela-se no comportamento processual das próprias partes. Estas, procurando a cada momento explorar o direito a seu favor, invocam constantes momentos de colisão no processo arbitral para dela retirarem vantagens⁵².

Na verdade, podem ser configuradas muitas situações de aparente colisão entre a arbitragem e os princípios e regras fundamentais em que o direito ao processo equitativo se concretiza e que facilmente podem justificar o fenómeno do *due process of law paranoia*⁵³. Um deles é, designadamente, o princípio da igualdade de partes, sendo o outro, como bem se compreende, o da publicidade. Neste caso, a confidencialidade é vista como contrária ao

do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e a nova LAV)”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7, 2014, APA, Almedina, Coimbra, pp. 15 e ss.; ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os tribunais arbitrais são tribunais, mas não são «tribunais como os outros»”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015; RUI PENA, “O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 235 e ss.; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, *cit.*, pp. 701 a 722; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da Arbitragem. Ensaio*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 223 e ss., esp. pp. 268 e ss.

⁵² Sobre o assunto e para maiores desenvolvimentos, *vd.* especialmente ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “O *due process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS: sentido, alcance e (frequentes) confusões na matéria”, in *Revista PLMJ Arbitragem*, n.º 2, I, setembro 2018, pp. 75 e ss. O autor escreve, a propósito do caso *Aleksey Lovbec*, que “o mencionado receio, e as decisões tomadas em função dele, podem, em certos casos, ser prejudiciais à própria arbitragem, podendo comprometer a celeridade, eficiência, qualidade e desejável previsibilidade do processo arbitral (para além de serem suscetíveis de gerar um aumento dos custos da arbitragem face a incidentes processuais não previstos e que não eram expectáveis)”.

⁵³ Sobre o assunto, *vd.* ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “O *due process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS: sentido, alcance e (frequentes) confusões na matéria”, *cit.*, pp. 75 e ss.

processo equitativo, sendo musculado o argumento da falta de transparência das arbitragens, que se manifesta, sobretudo, na confidencialidade processual e no secretismo das sentenças arbitrais. Assim acontece particularmente, desde há muito, na arbitragem desportiva⁵⁴ e na administrativa⁵⁵. Em suma, importa, pois, revisitarmos o tema do *due process of law* e a sua aplicação ao processo arbitral e refletir sobre a natureza do regime que deve disciplinar o tema, se legal, contratual ou simplesmente com natureza ética⁵⁶.

1.2.

Estamos a querer demonstrar, em primeiro lugar, que o *due process of law* (ou direito ao processo equitativo ou devido processo legal) é direito que se impõe vertido em todos os processos em curso em qualquer tribunal, seja em tribunal do Estado ou em tribunal arbitral (incluindo, parece-nos, qualquer mecanismo legalmente aceite de resolução de litígios).

Assim, tendo raízes históricas no artigo 39.º da Magna Carta Inglesa (1215), este direito tem expressa consagração n.º 4 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Encontra-se igualmente previsto em inúmeras Constituições de diferentes países, bem como em vários instrumentos europeus e internacionais:

- (i) artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, de 4/11/1950;
- (ii) artigo 47.º, 2.º parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), de 7/12/2000;
- (iii) artigo 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 10/12/1948; e
- (iv) artigo 14.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 16/12/1966.

No que concerne ao quadro normativo fundamental português, o que deve entender-se por direito de acesso efetivo aos tribunais deslinda-se, sobretudo, a partir do artigo 20.º da CRP e da jurisprudência do Tribunal Constitucional, em particular daquela que versa sobre os n.ºs 4 e 5 daquele artigo. Assim, primeiro que tudo, e antes de avançarmos para a apresentação dessas dimensões garantísticas — ou “subdireitos” ou “subprincípios” — que o âmbito

⁵⁴ Entre nós, sobre este assunto têm escrito ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, *cit.*, pp. 701 a 722.

⁵⁵ Sobre este tema, entre nós, por todos, *vd.* o nosso “A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro”, *cit.*

⁵⁶ Entre nós, sobre este tema, *L'éthique dans l'arbitrage*, coord. de Guy Keutgen, éditions Bruylant, 2012; existe edição traduzida em português, *A ética na arbitragem jurídica*, Edições Piaget, tradução de João Duarte, 2014.

normativo daquele preceito de conteúdo tão rico encerra, cumpre sublinhar que o direito de acesso ao Direito e aos tribunais decorre imediatamente da ideia de Estado de Direito e é tido como direito fundamental, beneficiando do regime qualificado de proteção de direitos, liberdades e garantias, não obstante a margem de densificação do preceito que é dada ao legislador ordinário.

Assim, a partir do referido acervo jurisprudencial, é possível afirmar que o direito de acesso aos tribunais, plasmado no artigo 20.º da Lei Fundamental, inclui, desde logo:

- (i) o direito de ação e de acesso a tribunais — sendo estes tidos como órgãos independentes e imparciais;
- (ii) o direito a um processo;
- (iii) o direito de obter uma decisão de mérito sobre a causa;
- (iv) o direito à plena execução dessa decisão;
- (v) o direito de obter a tutela jurisdicional efetiva através de processos temporalmente adequados, mormente quando em causa está a proteção de direitos, liberdades e garantias;
- (vi) o direito de obter providências cautelares que se mostrem adequadas a salvaguardar a plena execução das sentenças.

Finalmente, o direito de acesso aos tribunais deve realizar-se em processo equitativo, nos termos do n.º 4 do artigo 20.º da CRP. E, no que respeita especialmente ao processo equitativo, ele integra:

- (i) o direito à igualdade de armas ou direito à igualdade de posições no processo, com proibição de tratamento discriminatório ou arbitrário;
- (ii) o direito de defesa e o direito ao contraditório, no sentido de existir efetiva possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e de direito, oferecer provas, controlar as provas da outra parte e pronunciar-se sobre o valor e o resultado dessas provas;
- (iii) o direito a prazos razoáveis de ação e de recurso, que pressupõe o direito à decisão em prazo razoável, o que nos leva a dizer que o processo, para ser justo, deve apresentar igualmente uma duração razoável, que atenda à duração compatível com a qualidade da instância e a efetividade da decisão final.

O legislador tem, pois, uma certa liberdade de conformação na concreta estruturação do processo, devendo assegurar que o mesmo concretiza as diversas dimensões que o *Tatbestand* constitucional consagra.

Contudo, importa também sublinhar que, não obstante o que afirmámos, os Tribunais Constitucionais da Europa e o próprio Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) têm aceiteado que algumas dessas dimensões possam ser sacrificadas ou limitadas por razões de celeridade processual ou de eficácia da própria justiça. Atente-se com mais acuidade ao assunto.

Com acolhimento no artigo 6.º da CEDH, o direito ao processo equitativo tem conteúdo rico e espelha diversas dimensões processuais, contando-se, entre outras, as garantias à emissão de sentença em prazo razoável, ao julgamento por tribunais imparciais e independentes e a garantia ao processo justo — um conteúdo que o Tribunal de Estrasburgo tem vindo a alargar, de dia para dia.

Neste particular contexto normativo, o direito previsto no artigo 6.º, n.º 1, vem sendo entendido, aliás, em sentido mais amplo do que aquele que comumente se associa ao direito à prolação de decisão em prazo razoável. Em bom rigor, este direito foi sendo reconduzido pelos Órgãos da Convenção e depois pelo TEDH ao direito de acesso a um tribunal, tendo isso acontecido pela primeira vez no caso *Golder c. Reino Unido* (21/2/1975, processo n.º 4451/70), nos termos do qual se entendeu que “a garantia processual do processo equitativo, prevista no artigo 6.º, § 1, da CEDH, inclui a garantia prévia de acesso ao tribunal, mesmo que não exista uma disposição expressa que o consagre, já que este se funda em outras disposições legais e princípios de direito”⁵⁷. No caso *Cyprus vs. Turkey* (10/5/2001, processo n.º 25781/94), o TEDH veio confirmar que se deve entender o conceito de “Tribunal” numa perspectiva substantivista, isto é, enquanto órgão dotado de competência jurisdicional, determinada por regras de Direito, e cujo funcionamento se opere por meio de procedimentos prescritos, com as respetivas garantias, devendo tal órgão ser dotado de imparcialidade e independência em relação ao poder executivo (cfr. considerando 233).

E esta dimensão clássica do direito ao processo equitativo decorre exatamente da “concretização efetiva e concreta da garantia de acesso a um tribunal, uma vez que a garantia oferecida pela Convenção não pode ser tida como «teórica e ilusória» [caso *Airey c. Irlanda* (9/10/1979, processo n.º 6289/73)]: a busca pela efetividade da tutela jurisdicional resulta das disposições da Convenção, mormente do próprio artigo 13.º, e do artigo 2.º, alínea e), do Pacto de Direitos Civis e Políticos, nos termos do qual, e no contexto dos direitos e liberdades reconhecidos pelo Acordo, os Estados se comprometem a garantir a todas as

⁵⁷ Sobre esta jurisprudência, *vd.* o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, *cit.*

pessoas, cujos direitos e liberdades reconhecidos sejam ameaçados, um recurso útil, eficaz ou efectivo”⁵⁸.

Este novo entendimento, de que processo equitativo é sinónimo de processo efetivo, emergiu como resultado da metodologia reconstrutiva que, desde a década de 70 do século XX, a jurisprudência do TEDH tem operado para esclarecer o sentido e a amplitude do direito ao processo equitativo (1.2.1.). Este direito foi sendo estendido ao processo administrativo, ainda que a incidência não fosse absolutamente clara e constante (1.2.2.), e hoje, porque é mais intensa e mais abrangente do que inicialmente, vem abarcando a arbitragem, ainda que sem consenso absoluto⁵⁹.

1.2.1.

Segundo o artigo 6.º, n.º 1, 1.ª parte, da CEDH (ou Convenção), “[q]ualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra si.”

Este direito, que é, desde há muito, designado pelos órgãos da Convenção como direito ao processo equitativo, tem um conteúdo verdadeiramente rico e elástico, tendo sido objeto de constante ampliação por aqueles órgãos. Na verdade, ao procurarem esclarecer qual é o seu específico núcleo e até onde vai a sua amplitude, órgãos da Convenção e em particular o TEDH têm vindo a anunciar as garantias processuais que nele estão incluídas, sendo certo que, decisão após decisão, novas garantias são reveladas como inerentes ao direito ao processo equitativo, mostrando-se tal direito como sinónimo do direito ao processo efetivo.

E, como já descrevemos antes, “há abundante jurisprudência dos órgãos da Convenção — e atualmente do TEDH — que vem sendo ditada a este propósito. Servindo-se da «técnica das noções autónomas» e da «teoria dos elementos necessariamente inerentes ao direito», os órgãos da Convenção têm vindo a dissipar as incertezas que se foram colocando, ao longo dos tempos, neste domínio, sendo que, inicialmente, essa aclaração foi sendo realizada em

⁵⁸ Sobre a evolução jurisprudencial e as anotações doutrinárias que sobre ela versam, seguiremos de perto o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, cit.

⁵⁹ *Ibidem*.

sentido «evolutivo» e «consensual» e mais recentemente a aclaração é realizada mais numa perspectiva reconstrutiva do que consensual”⁶⁰.

Com efeito, reescrevendo e “invocando SUDRE, o «dinamismo interpretativo-constutivo das normas da Convenção», que é realizado com alguma discricionariedade pelo TEDH, tem culminado, na verdade, no alargamento da aplicabilidade deste direito e na extensão do seu conteúdo. E, assim, através de uma jurisprudência mais «reconstrutiva» que consensual — isto é, através de uma metodologia que assenta fundamentalmente «no desenvolvimento lógico» do direito ao processo equitativo —, o tribunal tem esclarecido que este integra cada vez mais «outros novos direitos», incluindo, mais recentemente, o direito de acesso à justiça, na vertente do patrocínio judiciário, para além daquelas garantias processuais *stricto sensu*, que, desde sempre, ou pelo menos não tão recentemente, se têm vindo a depreender daquele preceito da Convenção”⁶¹.

Assim, e mais uma vez, “para além daquelas garantias processuais desde sempre reconhecidas neste normativo, como seja a da garantia ao julgamento independente e imparcial, a da garantia a um processo com igualdade de partes e com pleno contraditório e a garantia a decisão em prazo razoável, ele inclui o direito de acesso aos tribunais e conseqüentemente o direito à execução de uma sentença (caso *Hornsby c. Grécia/1997*)”. Neste acórdão de 19 de março de 1997 (processo n.º 18357/91), o TEDH, ao considerar que “a execução de uma decisão judicial, em qualquer jurisdição, deve ser entendida como parte integrante do processo, no sentido do artigo 6.º”, vem atribuir ao “direito de acesso a um tribunal” a sua plena efetividade, revelando, pois, a vertente do direito ao processo equitativo como direito ao processo efetivo. E, deste modo, pode inferir-se da jurisprudência de Estrasburgo que, no contexto da Convenção Europeia, o direito ao processo equitativo também “significa direito de acesso a um tribunal e direito à plena execução de uma sentença, sendo que estes são consubstanciais ou inerentes ao direito material protegido, na medida em que deles depende a sua efetividade”⁶².

⁶⁰ Sobre este assunto, remetemos para a bibliografia e jurisprudência referenciadas no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, cit.

⁶¹ Seguimos de perto o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, cit.

⁶² *Ibidem*.

Ademais, podemos acrescentar que esta perspectiva de associar o direito ao processo equitativo ao direito à tutela jurisdicional efetiva não é alheia à jurisprudência do TEDH, quer quando este se pronuncia sobre a efetividade do direito ao recurso individual (nos termos do artigo 34.º da CEDH), quer quando esclarece o que deve entender-se por “direito a um recurso efetivo” (nos termos do artigo 13.º da CEDH) ou por “direito ao recurso equitativo” na dimensão do prazo razoável (nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH). E, de facto, da leitura combinada (que se impõe em alguns casos) destas normas convencionais tem sido salientada a existência, no panorama jurídico-constitucional europeu, de um direito dos indivíduos à tutela jurisdicional efetiva, em termos que dele emerge a obrigação de o Estado contratante assegurar a defesa efetiva dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção, incluindo, nomeadamente, o dever de, ao colaborar lealmente com os órgãos da Convenção, decretar medidas provisórias (nos termos do artigo 39.º do Regulamento do TEDH) em determinadas situações, em relação às quais a defesa efetiva das garantias reconhecidas pela Convenção esteja em causa — designadamente de extradição ou expulsão iminente [como foi discutido no caso da família chilena *Cruz Varas c. Suécia* (20/3/1991, processo n.º 15576/89)] ou no caso *Conka c. Bélgica* (5/5/2002, processo n.º 51564/99) —, ou outras medidas urgentes, tais como as medidas de aceleração da marcha de um processo em curso, como ficou confirmado na jurisprudência dos órgãos da Convenção que versou sobre os processos de responsabilização dos serviços de saúde franceses e italianos e que foram acionados por cidadãos que tinham sido contaminados com o vírus da SIDA e das Hepatites B e C, por ocasião de transfusões de sangue realizadas naqueles serviços públicos. O direito que a jurisprudência de Estrasburgo veio reconhecer aos cidadãos (a quem restava pouco tempo de vida) revela-se, pois, como direito a um processo temporalmente justo, sendo, por isso, uma forma legítima de se interpretar o direito à emissão de sentença em prazo razoável em correlação com o princípio da tutela jurisdicional efetiva. Este princípio revelou-se de facto nos “processos de sangue contaminado” e, posteriormente, foi reafirmado e ampliado no caso *Kudła c. Polónia* (26/10/2000, processo n.º 30210/96), tendo sido reforçado no caso *Brusco c. Itália* (6/9/2001, processo n.º 69789/01).

Na realidade, o TEDH tem vindo a clarificar, cada vez mais, o conceito de efetividade. E, por exemplo, em matéria de proteção de estrangeiros, designadamente a propósito do pedido de asilo, veio reforçar a necessidade de os Estados signatários proporcionarem mecanismos efetivos de proteção. Afirmou-o mais recentemente por unanimidade, em 26 de abril de 2007, no caso *Gebremedhin c. France* (processo n.º 25389/05), tendo censurado o Estado francês por, ao negar o estatuto de refugiado a um jornalista eritreu e ordenar a sua expulsão, não lhe

oferecer um mecanismo interno efetivo de defesa. Na realidade, tendo sido dada a ordem e tendo sido rejeitado pelo juiz administrativo o pedido da sua suspensão em processo de *référé-liberté* (nos termos do artigo L. 521.2 do CodeJA), o TEDH considerou estarem preenchidos os pressupostos dos artigos 3.º e 13.º da Convenção, pois em causa estaria tanto o risco de a vítima poder vir a sofrer tortura, pena ou tratamento desumano ou degradante em consequência da expulsão como a ausência de um recurso efetivo de defesa, intimando as autoridades francesas a procederem à suspensão imediata da decisão — o que permitiu ao estrangeiro obter uma autorização provisória de permanência. Assim, indo, contudo, mais longe na questão da proteção de estrangeiros perante decisões administrativas de expulsão, o TEDH confirma a explicação já dada no referido acórdão *Conka c. Bélgica*, a propósito do conceito de efetividade, nos termos da qual “não pode ter-se como recurso efetivo se as medidas são executadas antes de as autoridades nacionais terem verificado a sua compatibilidade com a CEDH, sobretudo se há perigo de irreversibilidade”⁶³.

Claro está que o direito ao processo equitativo tem sido tradicionalmente associado a certas garantias processuais e fundamentalmente à garantia do prazo razoável, sendo certo que a jurisprudência dos órgãos da Convenção que mais tem sido objeto de atenção versa efetivamente sobre esta dimensão do direito ao processo equitativo, previsto no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH. De qualquer modo, cumpre sublinhar que a jurisprudência do TEDH já considerou que deste direito depende a boa administração da justiça e a sua credibilidade e, por isso mesmo, importa salientar que, no seio da Convenção Europeia, o direito ao processo equitativo foi sendo alargado e está mais próximo do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva. De facto, é neste sentido que lemos a garantia à emissão de sentença em prazo razoável, relacionando-a com o processo equitativo, compreendido naquele sentido alargado, que vai ao encontro do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Na verdade, após a entrada em vigor do Protocolo n.º 11, o TEDH tem enunciado novas obrigações decorrentes daquele preceito e, recorrendo à “teoria dos elementos inerentes ao direito”, continua a enunciar para os Estados novas obrigações e novos deveres decorrentes da Convenção. Assim, e no sentido mais perto do tradicional, o TEDH tem considerado que a demora do processo tem de ser aferida em função da complexidade da causa e da situação litigiosa, sendo que, em princípio, um processo que demore numa instância mais de três anos excede o tempo razoável, violando aquele direito. Contudo, a comprovação da violação do

⁶³ Remetemos para a doutrina e jurisprudência referenciadas no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, cit.

direito ao prazo razoável depende sempre da análise sistemática *in concreto* da duração do processo, segundo certos parâmetros, uma vez que o próprio Tribunal de Estrasburgo já considerou como pouco razoável a duração de um processo calculada num ano e seis meses.

E, a partir desta jurisprudência interpretativa que o TEDH tem vindo a realizar do artigo 6.º da CEDH, fica certo que esta jurisdição não se opõe à concretização de técnicas que se impõem por imperativo de economia processual e judiciária e de cujo cumprimento resulta uma melhor satisfação da procura da justiça, na perspectiva da concretização do direito ao prazo razoável. Ela não se opõe, nomeadamente, à política de “desjudicialização” e à possibilidade de se organizar um pré-tratamento não jurisdicional de assuntos em matéria cível e penal, nem à limitação de vias de recurso jurisdicional, nem à possibilidade de se criarem processos simplificados e acelerados, em função da natureza e da urgência das matérias e da importância que o processo pode ter para as partes, nem à fundamentação sumária de sentenças, em certas circunstâncias e atendendo à importância do litígio.

1.2.2.

Como se registou nas considerações introdutórias, a jurisprudência dos órgãos da Convenção que versa sobre o direito ao processo equitativo incide particularmente sobre a dimensão do prazo razoável. E, neste contexto, uma das preocupações dos órgãos da Convenção foi delimitar o âmbito de aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH. Durante muito tempo, pensou-se que aquele direito seria considerado independentemente da natureza da jurisdição. A verdade não é, contudo, essa. Antes pelo contrário, no quadro do Direito europeu, não é seguro afirmar (mesmo nos nossos dias) que o particular que recorre à justiça administrativa tem, sem mais, um direito de obter uma decisão judicial em prazo razoável com fundamento na CEDH.

Em abono da verdade, como já tivemos oportunidade de escrever, o artigo 6.º, n.º 1, dispõe apenas que qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, “quer *sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil*, quer sobre o *fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra si dirigida (...)*”. Aliás, como o âmbito de aplicação deste normativo aponta para os domínios civil e penal, seria até razoável pensar que a resolução dos litígios emergentes das relações jurídico-administrativas estaria afastada do seu âmbito e, por conseguinte, seria simples (e justo) pensar que o artigo 6.º somente visaria — ou visaria fundamentalmente — as jurisdições cível e penal. Com efeito, o próprio TEDH assim o afirmou no primeiro julgamento, no caso *Lanless c. Irlanda* (14/11/1960, processo n.º 332/57).

Contudo, desde essa altura até hoje, a evolução tem sido significativa⁶⁴. E, assim, esta garantia processual, que cabe expressamente no núcleo central das garantias processuais previstas no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, abarca tanto a jurisdição civil e a penal como também se estende à jurisdição administrativa, sempre que os processos que nelas decorrem versem sobre “*a determinação [de] direitos e obrigações de carácter civil*” ou sobre “*o fundamento de qualquer acusação em matéria penal*”.

Como consequência do que acabamos de dizer, cumpre, pois, perceber como devem entender-se tais conceitos para finalmente se apurar se o direito ao processo equitativo também vale para os particulares que se dirigem ao processo arbitral. É então por aqui que se deve começar, tanto mais quanto se sabe que os conceitos desta norma têm sido interpretados com défice de uniformidade, quer no seio dos órgãos da Convenção quer também entre estes e as jurisdições dos Estados.

A bem ver, nem a própria metodologia interpretativa do TEDH tem sido coerente quando aplicada ao tema da incidência do direito ao processo equitativo no processo administrativo. De facto, se inicialmente, ao esclarecer se as garantias do processo equitativo se aplicariam ou não ao processo administrativo, os órgãos de Estrasburgo foram interpretando “com descrição e sem activismo” o artigo 6.º, já mais recentemente o TEDH tem procedido à alteração radical de posições afirmadas. E desta jurisprudência evolutiva do TEDH faz parte tanto o alargamento do conteúdo do próprio direito ao processo equitativo, tal qual se afirmou, como o alargamento da aplicação da norma a novas matérias de natureza jurídico-pública, de tal forma que hoje aquela garantia se aplica mesmo a momentos do contencioso administrativo dito clássico. Contudo, este alargamento é discricionariamente decidido pelo tribunal e, por isso, pode concluir-se que, do ponto de vista do Direito europeu, continua a existir um sector do contencioso administrativo que escapa incompreensivelmente à aplicação desta garantia⁶⁵. Tem sido, de facto, a partir de uma interpretação pontual destes conceitos-chave — *carácter civil do direito* ou *da obrigação* e o *carácter penal da acusação* — que se foi alargando a aplicação da garantia aos processos administrativos. Enfim, a dificuldade era

⁶⁴ Mais uma vez, a este propósito, remetemos para a doutrina e jurisprudência referenciadas no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, cit.

⁶⁵ Para outras considerações, *vd.* doutrina e jurisprudência citadas no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, cit.

patente. E a começar pelo conceito “civil”, bem se vê que muitas foram as dificuldades a superar. A interpretação do conceito constituiu mesmo uma tarefa “espinhosa”⁶⁶.

Na verdade, este caminho (mais ou menos discricionariamente percorrido pelo juiz europeu para proceder à distinção entre *jus imperii* e *jus gestionis* e para atribuir ou recusar o carácter “civil” a certos direitos que integram o ordenamento jurídico interno dos Estados) ainda não foi completamente terminado. E, por isso, sendo um *work in progress*, ele vai sendo completado, não escapando, conseqüentemente, à incerteza e à falta de tratamento equitativo das matérias administrativas e do seu contencioso, sendo que, por vezes, o tratamento destas matérias parece obedecer a uma “coerência duvidosa”, como também já afirmámos⁶⁷.

Bem vistas as coisas, importa reconhecer que tem fugido à incidência da garantia do prazo razoável uma panóplia de questões emergentes das relações jurídico-administrativas — tais como processos que tenham por objeto decisões e medidas de polícia referentes a estrangeiros, incluindo questões de entrada, residência e saída, já que, em relação a estas questões, não se reconhece aos estrangeiros nenhum “direito ou obrigação de natureza civil”, bem como têm continuado a ser excluídos de forma incoerente os processos relativos a extradição, expulsão ou recusa do estatuto de refugiado. E, de igual modo, de tal atitude discricionária no que concerne à valoração do “direito pura ou essencialmente patrimonial” tem resultado a “incerteza” quanto à aplicabilidade das garantias processuais do artigo 6.º ao contencioso da função pública [caso *Huber c. França* (19/2/1998, processo n.º 26637/95)], incluindo o contencioso disciplinar, e às questões de natureza fiscal e eleitoral. Em matéria fiscal e em relação ao seu contencioso, por exemplo, a *Cour* europeia parece manter “fechado a sete chaves” o campo de aplicação das garantias previstas neste normativo. No acórdão *Ferrazzin c. Itália* (12/7/2001, processo n.º 44759/98, que segue a linha da jurisprudência anterior), estando em causa a duração excessiva de um processo fiscal referente a um imposto de mais-valia, o Tribunal de Estrasburgo excluiu claramente este contencioso da aplicação do artigo 6.º, uma vez que o critério “patrimonial” da questão subjacente não justificaria por si só a natureza “civil” da determinação do direito ou da obrigação⁶⁸.

⁶⁶ Para considerações do ponto de vista dogmático, *vd.* o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, *cit.*

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ Para outras considerações, *vd.* doutrina e jurisprudência citadas no nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, *cit.*

E no que diz respeito ao contencioso da função pública, afastado “incoerentemente” do campo de aplicação do artigo 6.º, cumpre destacar uma decisão de 8 de dezembro de 1999, ditada no caso *Pellegrin* (processo n.º 28541/95), na qual os órgãos da Convenção vieram introduzir significativas modificações quanto à aplicabilidade da garantia do prazo razoável àquele contencioso, deixando de fora das garantias do processo equitativo e do prazo razoável um grupo considerável de litígios pertencentes aos funcionários detentores de autoridade (com a exceção do contencioso em matéria de pensões, já que o artigo 6.º se aplica a todos os funcionários, pois “o funcionário aposentado não beneficia de parte de soberania do Estado, no momento em que já se extinguiu a ligação especial de confiança e lealdade”)⁶⁹.

Enfim, mesmo na ausência de “denominador comum que permitisse encontrar na matéria uma noção europeia uniforme”, a redução da área de inaplicabilidade do artigo 6.º da CEDH tem sido conseguida por via da interpretação autónoma do conceito-chave “direito de natureza civil”, sendo certo que este conceito está longe de ser fixado de modo geral, tanto mais que os órgãos da Convenção seguem, para o efeito, uma metodologia conhecida por *judicial self-restraint*.

Como se justificou na nossa dissertação de doutoramento aqui trazida, segundo MATSHER, esta metodologia pressupõe “nunca precisar de enunciações de carácter geral”. E é com base em semelhante esquema de atuação jurisprudencial que os órgãos da Convenção fazem aplicar as garantias do artigo 6.º à *matéria administrativa a título do conceito de “acusação em matéria penal”*. Na verdade, procurando evitar que a política de descriminalização em alguns Estados contratantes possa ser incompatível com os objetivos da Convenção, e neste sentido privar os particulares das garantias do artigo 6.º [caso *Öztürk* (21/2/1984, processo 8544/79)], os órgãos da Convenção têm entendido que o conceito de “matéria penal” pode, à luz do ordenamento jurídico interno, corresponder ao direito administrativo sancionador ou das infrações administrativas. E, por isso, considerando a autonomia da noção de “acusação em matéria penal” — que é sinónimo de “notificação oficial” a uma pessoa, realizada pelas entidades competentes, da censura de ter realizado uma infração penal —, recorrendo a critérios próprios que atendem à natureza geral da norma infringida e ao objetivo dissuasor e punitivo da sanção, os órgãos de Estrasburgo têm considerado aplicáveis as garantias do artigo 6.º da CEDH ao contencioso que versa sobre algumas infrações administrativas e ao domínio do ilícito administrativo⁷⁰.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

2. *Dimensões e alcance*

Sem prejuízo do que já se afirmou, é inegável que quem lê o artigo 6.º da CEDH conclui que este preceito foi desenhado para impactar num processo estadual, sendo que o n.º 1 se aplica ao processo civil e ao processo penal e os n.ºs 2 e 3 se encontram pensados apenas para o processo penal. Daí as dúvidas que se têm colocado a este propósito, como apontámos antes neste texto, agravadas pelo facto de os trabalhos preparatórios da CEDH nada dizerem a respeito da sua aplicação (ou não) à arbitragem. De todo o modo, como de forma quase unânime têm vindo a reconhecer a doutrina e a jurisprudência do TEDH, isto não significa que a arbitragem voluntária seja contrária ou incompatível com o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH (2.1.), nem que tal norma não seja aplicável à arbitragem (2.2.).

2.1.

A este respeito, e no que à primeira questão se refere (não contrariedade da arbitragem com o artigo 6.º da CEDH), importa começar por salientar que este preceito não se opõe à criação de tribunais arbitrais. Dir-se-á, a propósito, que o direito de acesso aos tribunais — implicitamente garantido no n.º 1 do artigo 6.º da CEDH — não exige que o tribunal a que se acede tenha de ser sempre um tribunal estadual. Neste sentido, e em consonância com a jurisprudência do TEDH, não devemos interpretar a palavra “tribunal”, prevista no n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, como significando, necessariamente, um tribunal estadual, excluindo os tribunais arbitrais. O direito de acesso a um tribunal (estadual) pode, assim, ser renunciado a favor da arbitragem, não sendo tal facto incompatível com o artigo 6.º da CEDH [*Deweer c. Belgique* (27/2/1980), processo n.º 6903/75 § 49; *Pastore c. Italie* (déc.), 1999].

Assim, segundo o TEDH, o artigo 6.º não se opõe à criação de tribunais arbitrais, a fim de que estes julguem certo tipo de litígios referentes a determinadas matérias [*Transado — Transportes Fluviais do Sado, S.A. c. Portugal* (déc.), 16/12/2003, processo n.º 35943/02]. Na verdade, a *Cour* de Estrasburgo considera que as partes são livres para, através de cláusulas contratuais, submeterem certos litígios a tribunais diferentes do Estado, renunciando a certas garantias que a Convenção prevê [*Eiffage S.A. et autres c. Suisse* (déc.), 15/9/2009, processo n.º 1742/05; *Noureddine Tabbane c. Suisse* (déc.), 24/3/2016, processo n.º 41069/12, § 27], reconhecendo que há razões legítimas para o fazerem e escolherem um mecanismo extrajudicial (*Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8/7/1986, processos n.ºs 9006/80, 9262/81,

9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, § 197; *Suda c. République tchèque*, 28/10/2010, processo n.º 1643/06, § 48).

Ainda assim, na perspetiva da eventual violação do artigo 6.º, o TEDH estabelece certas condições mínimas de garantia, no momento em que avalia a validade de convenções de escolha do tribunal arbitral [*Eiffage S.A. et autres c. Suisse* (déc.), 2009, *cit.*; *Noureddine Tabbane c. Suisse* (déc.), 2016, *cit.*, § 31], devendo esta ser livre, clara e lícita [*Suda c. République Tchèque*, 2010, *cit.*, §§ 48-49; *Noureddine Tabbane c. Suisse* (déc.), 2016, *cit.*, §§ 26-27 et § 30].

O Tribunal de Estrasburgo, nos seus juízos, não fica, contudo, indiferente à questão da apreciação do assunto à luz do artigo 6.º, distinguindo a arbitragem voluntária da arbitragem obrigatória ou necessária (*Beg S.p.a. c. Italie*, 20/5/2021, processo n.º 5312/11, §§ 135 e ss.), entendendo que aquela se pode situar e aceitar no quadro das liberdades contratuais, oferecendo vantagens [*Mutu et Pechstein c. Suisse*, 2/10/2018, processos n.ºs 40575/10 e 67474/10, §§ 94-96, (“Définitif 4/2/2019”)], sendo a arbitragem necessária legítima para certos assuntos em que se impõe uma solução mais rápida para o litígio, devendo esta conformar-se com as garantias do artigo 6.º [*Noureddine Tabbane c. Suisse* (déc.), 2016, *cit.*, §§ 26-27]⁷¹. Na verdade, tendo a questão em matéria de desporto sido trazida ao Tribunal de Estrasburgo, no caso *Mutu et Pechstein c. Suisse*, 2018, *cit.*, foi suscitada a dúvida do *quantum* de renúncia ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH poderia uma convenção arbitral acolher⁷².

⁷¹ Como se lê no “Guide sur l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme, Droit à un procès équitable (volet civil), Mis à jour au 31 août 2021”, disponível em https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_fra.pdf, p. 39: “En revanche, s’il s’agit d’un arbitrage forcé, en ce sens que l’arbitrage est imposé par la loi, les parties n’ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d’un tribunal arbitral. Celui-ci doit alors offrir les garanties prévues par l’article 6 § 1 de la Convention (*Tabbane c. Suisse* (déc.), 2016, §§ 26-27). Dans cette décision, la Cour a estimé que la clause de renonciation et la disposition légale pertinente poursuivaient un but légitime, à savoir la mise en valeur de la place arbitrale suisse par des procédures souples et rapides, tout en respectant la liberté contractuelle du requérant (§ 36)”.

⁷² Quanto ao caso *Mutu et Pechstein c. Suisse*, 2018, §§ 94-96, a propósito das questões desportivas no setor profissional, o TEDH não foi indiferente ao tema, afirmando-se no “Guide sur l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme”, *cit.*, p. 40, que “[l]a question essentielle était de savoir si la procédure d’arbitrage avait été imposée aux requérants pour déterminer s’il y avait eu renonciation à tout ou partie des garanties prévues par l’article 6 § 1 (§ 103). La Cour a relevé que la seconde requérante n’avait pas eu d’autre choix que de saisir le Tribunal Arbitral du Sport («TAS») dans la mesure où le règlement de la fédération internationale de patinage indiquait clairement que tout litige devait être porté devant le TAS sous peine d’exclusion des compétitions internationales (§§ 113-115). A l’inverse, la Cour a conclu que le premier requérant, pour sa part, n’était pas tenu d’accepter la compétence obligatoire du TAS puisque les règles

Já no que se refere à aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH à arbitragem voluntária, a questão é mais complexa. Resumidamente, dada a complexidade, e como bem sintetiza ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, poder-se-á dizer que existem, na doutrina, várias posições a este respeito⁷³:

(i) uma posição minoritária (hoje ultrapassada) que, pura e simplesmente, entende que a CEDH (aqui se incluindo, como é natural, o artigo 6.º, n.º 1) não se aplica à arbitragem;

(ii) uma posição que defende a aplicação direta do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH; e

(iii) uma posição maioritária que afirma a aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH à arbitragem, mas de forma indireta — particularmente no âmbito da função de controlo e assistência que, por vezes, os tribunais estaduais são chamados a desempenhar na arbitragem. Outros autores defendem, também, a aplicação do artigo 6.º da CEDH à arbitragem, embora sem especificar o modo como tal aplicação é feita (designadamente quanto à forma de incidência, se de aplicação direta ou indireta). Embora a aplicação desta norma à arbitragem voluntária seja controvertida (sobretudo quanto à questão de saber se se aplica direta ou indiretamente), parece absolutamente necessário dizer que ela tem relevância na arbitragem, devendo ser respeitada sempre que os tribunais estaduais tenham de intervir na arbitragem (antes, durante ou após o processo arbitral, no âmbito da função de controlo e assistência que, por vezes, são chamados a desempenhar).

Deste modo, como escreve ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “o tribunal estadual que, por exemplo, esteja incumbido de apreciar a decisão arbitral em sede de recurso ou no âmbito da ação de anulação, de proceder ao reconhecimento e à execução da mencionada sentença ou que tenha de nomear o árbitro em falta ou a totalidade dos árbitros terá de conduzir a sua intervenção com a necessária observância pelo artigo 6.º, n.º 1, da CEDH. Caso não o faça,

internationales pertinentes donnaient aux footballeurs un choix dans ce domaine. Cela étant, la Cour a constaté ensuite que le premier requérant ne pouvait passer pour avoir consenti sans équivoque à saisir une formation du TAS manquant d’indépendance et d’impartialité. L’un des éléments importants aux yeux de la Cour était que, faisant usage des règles régissant la procédure devant le TAS, le premier requérant avait en réalité cherché à récuser l’un des arbitres au sein de la formation. Par conséquent, dans le cas du premier requérant comme dans celui de la seconde requérante, la procédure d’arbitrage devait offrir les garanties de l’article 6 § 1 (§§ 121-123). Voir également, s’agissant d’une commission d’arbitrage disposant d’une compétence exclusive et obligatoire en matière de litiges de football, *Ali Rıza et autres c. Turquie*, 2020, §§ 175- 181 (et *Ali Rıza c. Suisse*, 2021, § 82)”.

⁷³ Sobre o assunto e para maiores desenvolvimentos, *vd.* especialmente ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “O *due process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS: sentido, alcance e (frequentes) confusões na matéria”, *cit.*, pp. 75 e ss.

e uma vez esgotados — perante as respetivas instâncias nacionais — todos os recursos ordinários internos a que haja lugar, não é de excluir a possibilidade de apresentação de uma queixa junto do TEDH, com fundamento na violação do direito a um processo equitativo, previsto no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH⁷⁴.

Já em 1 de julho de 1997, o TEDH havia aclarado, no caso *Rolf Gustafson vs. Sweden* (processo n.º 23196/94), que, para efeitos do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, deve entender-se por Tribunal não apenas os órgãos jurisdicionais que integram a esfera estadual como também aqueles que não se integram no “*standard judicial machinery of the country concerned*” (considerando 45).

O direito de acesso à justiça implica, pois, um direito a submeter reivindicações perante alguém independente e imparcial, seja juiz ou árbitro. O artigo 6.º, n.º 1, da CEDH deve ser entendido no sentido de que não pode renunciar-se validamente ao direito de acesso à justiça. No fundo, o que com isto se quer dizer é que o direito a um processo equitativo se traduz não num direito de acesso ao tribunal (estadual), mas sim num direito de acesso à justiça (seja perante um tribunal estadual seja perante um tribunal arbitral)⁷⁵, tal como afirmou o TEDH mais recentemente, na decisão proferida em 20/5/2021, no caso *Beg S.p.a. c. Italie*, *cit.*⁷⁶.

A par do que mencionámos, as dimensões do direito ao processo equitativo tal como previsto no artigo 6.º, n.º 1, consideram-se impactantes e manifestam-se do mesmo modo tanto nos tribunais do Estado como nos arbitrais⁷⁷. Assim, afirmou a *Cour* de Estrasburgo no já referido

⁷⁴ *Ibidem*. Para considerações mais desenvolvidas, *vd.* F. LATTY, “Le TAS marque des points devant la CEDH”, in *Jurisport: la revue juridique et économique du sport*, Juris éditions, Dalloz, 2018, 192, pp. 31-36.

⁷⁵ Exatamente neste sentido, *vd.* a decisão proferida por unanimidade, no dia 20 de maio de 2021, no caso *Beg S.p.a. c. Italie* (processo n.º 5312/11), onde se diz: “L’affaire concerne l’arbitrage d’un litige portant sur un accord d’approvisionnement en énergie hydroélectrique en vue de la production d’électricité en Albanie, impliquant la société requérante et ENELPOWER, une société dérivée d’ENEL, l’ancienne société nationale d’électricité. L’affaire porte, en particulier, sur l’impartialité du collège arbitral, en raison du fait que l’un de ses membres (N.I.) a siégé au conseil d’administration d’ENEL et travaillé comme conseil pour cette société. La Cour juge en particulier que, compte tenu des liens étroits entretenus par N.I. avec ENEL, et donc de ses liens avec ENELPOWER, l’on ne saurait considérer que le collège arbitral était objectivement impartial, ce qui constitue une violation”.

⁷⁶ Cfr. JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration”, 2006, p. 79, disponível em http://www.landrove.ch/pdf/ECHR_2006_Landrove.pdf.

⁷⁷ *Vd.* decisão proferida no dia 24 de março de 2016 no caso *Noureddine Tabbane contre la Suisse*, no processo n.º 41069/12. Aqui se considerou o seguinte: “Saisie d’une requête dirigée contre la Suisse, la Cour européenne des droits de l’homme a interprété, le 24 mars dernier, l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme relatif au droit à un procès équitable (*Tabbane c. Suisse*, requête n.º 41069/12). Le requérant,

caso *Noureddine Tabbane c. Suisse*, em 24/3/2016, a propósito do direito ao processo equitativo e a possibilidade legítima de renúncia ao recurso jurisdicional, ditando a validade das cláusulas convencionais de renúncia ao recurso jurisdicional da sentença arbitral para os tribunais do Estado, desde que estas sejam conformes ao Direito, tendo sublinhado que “l’article 6 § 1 de la Convention garantit à toute personne le droit à ce qu’un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Elle souligne, toutefois, que ce droit n’est pas absolu et que des restrictions sont possibles à condition qu’elles tendent à un but légitime et s’il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. En l’espèce, la Cour constate que l’arbitrage était prévu par une convention d’arbitrage librement consentie par le requérant et contenant une clause compromissoire. Elle constate que le droit suisse en vertu duquel la sentence n’est pas soumise au contrôle du juge de l’*exequatur* reflète un choix politique visant à augmenter l’attractivité et l’efficacité de l’arbitrage international en Suisse. Partant, la Cour conclut à la non-violation de l’article 6 de la Convention”.

Nunca é de mais evidenciar que o direito ao processo equitativo é, entre nós, consagrado no Texto Constitucional, não podendo a arbitragem configurar-se como domínio processual à

ressortissant tunisien, a créé un partenariat industriel et commercial avec une société française. Cette dernière a introduit une requête d’arbitrage contre le requérant devant la Cour internationale d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Celle-ci a rendu une sentence arbitrale. Le requérant a formé un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral afin d’obtenir l’annulation de cette sentence. Le Tribunal fédéral a déclaré la requête du requérant irrecevable au motif que les parties avaient valablement renoncé à exercer un recours contre toute décision du tribunal arbitral. Le requérant soutenait qu’il avait été privé de l’accès à un tribunal pour contester le caractère inéquitable de la procédure d’arbitrage. Il alléguait, également, que l’interprétation donnée par le Tribunal fédéral de la clause de renonciation était extrêmement restrictive dans la mesure où, selon lui, les parties ne voulaient pas exclure toute voie de recours, mais simplement le droit d’appel contre la sentence. La Cour rappelle que l’article 6 §1 de la Convention garantit à toute personne le droit à ce qu’un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Elle souligne, toutefois, que ce droit n’est pas absolu et que des restrictions sont possibles à condition qu’elles tendent à un but légitime et s’il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. A cet égard, la Cour estime que l’article 6 de la Convention ne s’oppose pas à la création de tribunaux arbitraux afin de juger certains différends de nature patrimoniale et que les parties sont libres de se soustraire aux juridictions ordinaires. Une telle renonciation ne se heurte pas à la Convention pour autant qu’elle soit libre, licite et sans équivoque. En l’espèce, la Cour constate que l’arbitrage était prévu par une convention d’arbitrage librement consentie par le requérant et contenant une clause compromissoire. Elle constate que le droit suisse en vertu duquel la sentence n’est pas soumise au contrôle du juge de l’*exequatur* reflète un choix politique visant à augmenter l’attractivité et l’efficacité de l’arbitrage international en Suisse. Partant, la Cour conclut à la non-violation de l’article 6 de la Convention”.

parte daquele. Importa salientar, por um lado, que, na ordem jurídica portuguesa, os tribunais arbitrais encontram-se postulados na Constituição no artigo 209.º, n.º 2. Embora não constituam órgãos de soberania (nem sequer tribunais estaduais, ao contrário dos julgados de paz), figuram como verdadeiros tribunais, isto é, personificam órgãos dotados de competência jurisdicional, e, não obstante o funcionamento do processo arbitral assentar numa cultura de escolhas, em causa não deixam de estar também a defesa de direitos fundamentais e a prossecução do interesse público⁷⁸. De uma leitura articulada dos artigos 212.º e 209.º da CRP extrai-se a premissa conclusiva de que a jurisdição administrativa se refere tanto aos tribunais administrativos estaduais como aos tribunais arbitrais administrativos (jurisdição partilhada)⁷⁹. E importa dizer, por outro lado, que o processo arbitral está sujeito aos parâmetros do processo equitativo, *ex vi* artigo 20.º, n.º 4, da CRP, parâmetros estes que funcionam como um limite à autonomia das partes. Neste sentido, devemos precisar que, em qualquer processo arbitral, existem determinados princípios fundamentais (postulados pelo direito ao processo equitativo) que deverão ser sempre respeitados, sob pena de a sentença arbitral poder vir a ser anulada, não ser executada ou, eventualmente, ser interposto um recurso para o Tribunal Constitucional — possibilidade, hoje, consagrada no n.º 2 do art. 185.º-A do CPTA — ou apresentada uma queixa junto do TEDH⁸⁰.

2.2.

Enfim, em jeito de síntese, podemos afirmar que o direito ao processo equitativo compreende um núcleo normativo essencial que é transversal a todo o direito processual, incluindo o processo arbitral, e cujos efeitos se estendem a todas as instâncias de administração da justiça, onde se incluem os tribunais arbitrais. E, aqui chegados, é sabido que o direito à jurisdição não implica apenas o direito de acesso aos tribunais. É igualmente necessário que o processo a que se acede apresente garantias de justiça, de modo que se consiga alcançar a justa composição do litígio. Por outras palavras, é preciso que o processo

⁷⁸ Neste sentido, FILIPE BRITO BASTOS, “A arbitragem em direito administrativo e o direito fundamental de acesso ao direito nos tribunais portugueses”, in *Arbitragem e Direito Público*, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 85.

⁷⁹ Assim, DORA LUCAS NETO, “A jurisdição arbitral administrativa”, in *Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL — Contributo para o presente e futuro dos meios de resolução alternativa de litígios*, Tiago Serrão (coord.), vol. I, AAFDL, Lisboa, 2018, p. 64.

⁸⁰ No mesmo sentido, especialmente, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “O *due process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS: sentido, alcance e (frequentes) confusões na matéria”, *cit.*, pp. 75 e ss.

seja equitativo, isto é, seja um processo justo, com todas as garantias a que anteriormente se fez referência.

Pois bem, deste quadro de normatividade, que inclui princípios e regras fundamentais, em que o direito ao processo equitativo se concretiza, tais como a independência e a imparcialidade do tribunal, a observância do princípio do juiz natural, a fundamentação da decisão e o seu proferimento em prazo razoável, o direito à prova (e à licitude desta) e o princípio da igualdade das partes (donde resultam outros importantes princípios, como o princípio do contraditório), evidencia-se, agora, também, o princípio da publicidade do processo. Em boa verdade, este bloco de normatividade, que conforma o direito ao processo equitativo, não deve ser subestimado na arbitragem, pese embora a origem contratual da arbitragem e a sua forte matriz centrada na autonomia privada.

Vejam os com atenção. A Lei da Arbitragem Voluntária (= LAV, Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro) acolhe dimensões de concretização obrigatória do direito ao processo equitativo. Compreende-se, por isso, que, no artigo 30.º, n.º 1, se preveja expressamente a necessidade de o processo arbitral dever sempre respeitar certos “princípios fundamentais”. E isso supõe: a obrigatoriedade de citação, o princípio da igualdade das partes, o dever de ser dada às partes uma “oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final” e, também, o princípio do contraditório [alíneas *a)*, *b)* e *c)*]. E mais: como se afirma comumente, além destes, que estão previstos nesta norma, são aplicáveis outros princípios fundamentais, como, por exemplo, o do dispositivo e do dever de fundamentação da sentença arbitral, bem como o da imparcialidade e dos árbitros. Por outro lado, impõe-se mencionar ainda outros princípios fundamentais com relevância para a arbitragem que emergem da CRP (uma vez que o direito ao processo equitativo está consagrado no artigo 20.º, n.º 4), sem prejuízo de ainda se configurar que “existem dispersos pela Constituição determinados princípios que, além de serem direitos fundamentais processuais [...], constituem também princípios constitutivos de toda a ordem processual” e sem os quais não se pode falar da existência de um processo. É o caso, entre outros, dos princípios da igualdade das partes e do contraditório.

Conforme defende a este respeito ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO⁸¹, é esta a razão pela qual, aliás, se poderá afirmar que o artigo 30.º, n.º 1, da LAV acaba por ser uma disposição “incompleta e até mesmo inócua”. Incompleta, na medida em que não contempla todos os

⁸¹ *Vd.* ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “O *due process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS: sentido, alcance e (frequentes) confusões na matéria”, *cit.*, pp. 75 e ss.

princípios fundamentais que o processo arbitral deverá sempre respeitar. Inócua, uma vez que os princípios elencados no n.º 1 do artigo 30.º seriam sempre aplicáveis, independentemente da sua consagração expressa na LAV. Neste âmbito, o ponto essencial que cumpre agora destacar é o de que o respeito por estes princípios é condição da validação pública de um processo privado, isto é, o Estado só pode admitir decisões de tribunais privados na medida em que tais decisões cumpram determinadas regras mínimas de justiça processual em que o direito ao processo equitativo se concretiza e que impedem que o processo arbitral caia em descrédito. Daí que o legislador português preveja a possibilidade de a sentença arbitral ser anulada, caso algum dos princípios fundamentais do n.º 1 do artigo 30.º da LAV, e não só, tenha sido violado (facto que atesta bem a importância destes princípios), podendo, ainda, tal violação constituir um obstáculo à execução da sentença.

O direito ao processo equitativo, integrando o ordenamento jurídico fundamental português, é afirmado no n.º 4 do artigo 20.º da CRP e compreende um núcleo normativo essencial, transversal e irradiante para todo o direito processual, estendendo-se a todas as instâncias de administração da justiça, aqui se incluindo, respetivamente, a arbitragem e os tribunais arbitrais. Deste modo, como bem diz ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, independentemente da ação de anulação prevista na LAV, importa salientar que, caso uma decisão arbitral aplique uma determinada norma que infrinja algum dos princípios fundamentais em que o direito ao processo equitativo se traduz (e que se entenda serem aplicáveis à arbitragem), tal pode configurar razão para, verificados os requisitos legais, se desencadear o recurso para o Tribunal Constitucional. E, de resto, hoje, o CPTA garante expressamente este recurso, podendo as razões do mesmo coincidir com a violação do direito fundamental de acesso à justiça arbitral (através de processo arbitral justo ou equitativo).

II – Alternative Dispute Resolution: A estirpe

1. Noções gerais e desenvolvimentos introdutórios

A mediação é um mecanismo extrajudicial e autocompositivo de resolução de conflitos, sendo figura afim da conciliação⁸². Tantas vezes elencado como mecanismo alternativo, só aparentemente o termo “alternativo” pode significar mecanismo substitutivo da via judicial,

⁸² Sobre o tem, vd. *A lei da mediação de conflitos. estudos sobre a sua aplicação*, Coordenação CÁTIA MARQUES CEBOLA, Almedina, Coimbra, 2023.

uma vez que, também na justiça administrativa, a mediação pode corresponder ao método certo, próprio e mais adequado para alcançar a concórdia para um determinado tipo de diferendo ou conflito⁸³.

Distinguindo os mecanismos de autocomposição de conflitos, em que a solução decorre da vontade das partes em confronto, por vezes através de negociação direta, ou transação, e os de heterocomposição, em que o direito aplicado ao caso é feito por um terceiro imparcial, a mediação é do primeiro tipo, portanto, tal como é do primeiro tipo a negociação.

A negociação pode ser definida como um processo de resolução de conflitos através do qual uma ou as duas partes modificam as suas exigências até alcançarem um compromisso aceitável para ambas⁸⁴. É certo que a definição de negociação se aplica a qualquer meio de resolução de conflitos não adjudicatório, quer seja mediação, conciliação ou outro, não sendo sequer, por alguns autores, reconhecido com autonomia como mecanismo de resolução extrajudicial de conflitos. Em todos estes mecanismos tenta-se chegar a um acordo através do diálogo. A diferença entre eles pode estar na existência, nestes últimos, de um terceiro imparcial, ao passo que naquela as partes podem sozinhas lançar mão das técnicas de negociação para resolver o conflito, seguindo o modelo da negociação competitiva ou o da cooperativa, ora focando o diálogo em ganhar a discussão, ora na resolução do problema (seguindo neste caso o método de negociação de princípios). Portanto e em jeito de definição concetual, nestes tipos de métodos de autocomposição é proposto às partes a resolução do conflito através da intervenção de terceiro, um mediador (mediação), ou de um conciliador (conciliação). Tanto o mediador como o conciliador são profissionais, independentes e imparciais, que auxiliam as partes na construção de um acordo que satisfaça os interesses de ambas. O conciliador pode propor uma solução para o conflito. Ao mediador não cabe decidir ou aconselhar os participantes, apenas lhe incumbe guiar as partes na obtenção de um acordo.

O recurso à arbitragem enquadra-se no modelo de heterocomposição. A arbitragem é um procedimento formal que conduz a uma decisão vinculante, proferida por um tribunal arbitral neutro. Por seu turno, a mediação é um procedimento flexível, com vista à obtenção

⁸³ Sobre o tema, em geral, *vd.* PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 35, e “*De minimis non curat praetor*. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efetiva e complementaridade”, *cit.*, p. 737. *Vd. tb.* CÁTIA MARQUES CEBOLA, *La Mediación*, *cit.*, pp. 27 e ss.

⁸⁴ Sobre o tema, *vd.* MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, *cit.*, pp. 41 e ss.

de uma solução negociada com o auxílio de um terceiro imparcial, enquadrando-se, assim, no modelo de autocomposição de litígios. O Tribunal Arbitral é constituído por árbitros que devem ser independentes e imparciais relativamente às partes. Pode ser composto por um único árbitro, designado por acordo entre as partes, ou por três árbitros, em que cada parte designa um árbitro, cabendo a designação do terceiro, que presidirá, aos árbitros indicados pelas partes.

A par da noção legal⁸⁵, a doutrina foi propondo aceções autónomas de mediação^{86/87}. Como refere, por exemplo, REMÉDIO MARQUES, este meio de resolução de conflitos é “um expediente de harmonia com o qual, ocorrendo um conflito de interesses, os litigantes usam estruturas de autocomposição do respectivo litígio, que o mesmo é dizer que o resultado compositivo é produto do poder de autodeterminação da vontade consensual dos litigantes das pretensões a compor, exactamente quando esse resultado é obtido com auxílio de

⁸⁵ Até à entrada em vigor do novo regime jurídico, o legislador não havia adotado uma definição geral de mediação. Todavia, no contexto do sistema público de mediação penal e dos Julgados de Paz, evidenciavam-se duas noções que não eram totalmente coincidentes. Deste modo, o artigo 35.º, n.º 1, da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, atinente à organização, competência e funcionamento dos Julgados de Paz, referia-se à mediação como “modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e de natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe”. O artigo 35.º foi revogado pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho, que alterou a Lei dos Julgados de Paz. Por sua vez, o artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, que criou o sistema de mediação penal, definiu-a como “um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social”.

⁸⁶ CÁTIA MARQUES CEBOLA define-a como “meio de resolução de conflitos caracterizado pela intervenção de uma terceira pessoa cujo objectivo é facilitar o diálogo entre as partes em confronto, por forma a que elas próprias possam construir a solução tida por ambas como a ideal para o seu problema” — vd. *Resolução extrajudicial de litígios. Um novo caminho, a costumada justiça*, Coimbra, 2008, p. 67.

⁸⁷ ROSSANA MARTINGO CRUZ esclarece que “na mediação, como na conciliação e na negociação, há uma cooperação das partes e um controle das mesmas no processo. Além das partes se sentirem no domínio ao longo de todo o procedimento, há ainda o carácter de confidencialidade, a celeridade e ainda a economia de custos” — vd. *Mediação familiar: Limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra Editora, Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 32.

terceiros auxiliares, os mediadores. A solução do conflito que opõe as partes é assim uma solução amigável e concertada”⁸⁸.

Como facilmente se percebe, a diferença entre as várias definições apresentadas radica no seu âmbito, pois em todas ressalta que a mediação é uma forma de autocomposição de conflitos, amigável, baseada na vontade das partes em litígio, tendo como auxílio um terceiro imparcial e neutro sem poder decisório, sendo certo que a confidencialidade parece ser um pressuposto necessário ao sucesso deste meio de resolução alternativa de conflitos, já que na sua falta as partes não se encontrarão dispostas a negociar abertamente, receando que, posteriormente, a franqueza as venha a prejudicar em processo judicial futuro, no caso de a mediação sair frustrada. Na LdeM, o legislador optou inequivocamente pela aceção ampla de mediação, indo ao encontro do previsto na alínea *a*) do artigo 3.º da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, transposta para o nosso ordenamento jurídico precisamente para a LdeM (em diante, Diretiva 2008/52/CE)⁸⁹.

A LdeM define a mediação como a forma de resolução alternativa de litígios realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos; e descreve o mediador de conflitos como um terceiro imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio (artigo 2.º), sendo certo que o essencial na mediação é o pleno domínio do processo pelas partes (“empowerment”), princípio que é o seu fundamento e uma sua característica permanente⁹⁰.

⁸⁸ JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, *Ação declarativa à luz do código revisto*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 45.

⁸⁹ A definição de mediação da Diretiva é a seguinte: “processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal ou imposto pelo direito de um Estado-Membro” [artigo 3.º, alínea *a*), 1.º §]. Diz também a Diretiva que a mediação conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio em questão se insere ainda no conceito, ficando excluídas as tentativas do tribunal ou do juiz com vista à solução do litígio por acordo (2.º §).

⁹⁰ Sobre o tema, *vd.* MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, *cit.*, pp. 48 e ss.; JORGE MORAIS CARVALHO, “A consagração legal da mediação em Portugal”, in *Julgar*, n.º 15, 2011, pp. 271 a 290.

Ainda que o tema seja pouco consensual, a mediação também se distingue da conciliação, sendo, aliás, necessário reforçar, em primeiro lugar, que a conciliação no âmbito de um processo em curso na jurisdição administrativa é presidida pelo juiz administrativo. Importa dizer ainda que, fora do processo, a conciliação é também uma técnica praticada por outros profissionais. Neste caso, procura-se aproximar as reclamações dos litigantes a um ponto de convergência de interesses, sendo que o profissional que domina o tratamento do problema, que escuta e que, mantendo-se imparcial, analisa os pontos fortes e fracos de ambas as posições e convence os litigantes das vantagens de alcançarem o acordo, posiciona-se ativamente. Na mediação, por seu turno, apesar de utilizar técnicas idênticas às da conciliação, sobretudo se falarmos da *evaluative mediation*, o mediador procura respeitar plenamente todas as expectativas em causa, apurando os interesses das partes que vão além dos meramente económicos, sempre que exista uma vontade de manter ou aperfeiçoar as relações dos intervenientes, sendo certo que o modelo interventor pressupõe uma postura mais ativa do mediador, que não se limita a trazer as partes para o centro do diálogo, indo ao ponto de agir no mérito da questão. Ambas se afiguram como formas de resolução cooperativas, podendo qualquer profissional da mediação ser um conciliador.

O assunto não é, contudo, nada pacífico, havendo quem não lhe encontre diferenças, a não ser a de que, na justiça administrativa, o papel de conciliador é reservado ao juiz administrativo (n.º 3 do artigo 87.º-C do CPTA). De qualquer modo, a mediação facilitadora centra o trabalho do mediador na reabertura das pessoas ao diálogo, tentando que a sua intervenção seja o menos visível possível (mas determinante).

A arbitragem é o método de resolução de conflitos mais semelhante ao sistema judicial, dado que o procedimento é controlado por um terceiro e nele as partes estão frente a frente ao invés de colaborarem, embora lhes seja permitido escolher o técnico que assume a responsabilidade de decidir pelas partes envolvidas uma questão específica. O árbitro é um conhecedor técnico da sua área, sendo a arbitragem mais adequada a litígios eminentemente técnicos. Além de que é possível a opção pelo recurso a um misto de formas para a resolução do litígio, optando-se pela mediação seguida de arbitragem, caso as partes não alcancem um acordo. A arbitragem é um mecanismo heterocompositivo de natureza jurisdicional.

Segundo MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “a arbitragem pode ser definida como um modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é

confiada a terceiros”⁹¹. Por sua vez, MANUEL PEREIRA BARROCAS identifica a arbitragem como o “modo de resolução dos litígios entre duas ou mais partes, efetuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuído por convenção das partes”⁹². E, como bem sintetiza FRANCISCO CORTEZ, “o mecanismo arbitral é uma forma de administração da justiça em que o litígio é submetido por convenção das partes ou por determinação imperativa da lei, ao julgamento de particulares, os árbitros, numa decisão a que a lei reconhece o efeito de caso julgado e a força executiva iguais aos da sentença de um qualquer tribunal estadual, a quem é retirada, por sua vez, a competência para julgar tal litígio”⁹³.

1.1.

A arbitragem tem-se revelado um instrumento eficaz para a resolução de litígios, especialmente em contratos públicos: é rápida, é decidida por árbitros especializados, que são tecnicamente especialistas, é realizada através de procedimentos informais e flexíveis e estas são boas razões, assim se afirma, para que investidores ou operadores económicos internacionais sejam cativados para o panorama económico e financeiro português. E daí o seu constante alargamento⁹⁴.

Aqui, a arbitragem ganhou a simpatia geral, embora haja quem a considere um mecanismo opaco e quem lhe continue a apresentar reservas, especialmente por não se configurar um mecanismo menos dispendioso do que os clássicos mecanismos de recurso à justiça dos tribunais do Estado, uma vez que os honorários dos árbitros são elevados (sendo certo que o custo de acesso ao TAD suscita cada vez mais controvérsia)⁹⁵.

⁹¹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios, cit.*, pp. 119 e ss.

⁹² MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, (edição de 2010, pp. 31 e ss.), 2.^a ed., LAV de 2011, Revisto e atualizado, Almedina, Coimbra, pp. 33 e ss.

⁹³ FRANCISCO CORTEZ, «A arbitragem voluntária em Portugal. Dos “ricos homens” aos tribunais privados», in *O Direito*, ano 124, n.º 4, 1992, pp. 365 a 404.

⁹⁴ Sobre o tema e as razões, *vd.* RUI CHANCERELLE DE MACHETE, “O alargamento do âmbito das matérias sujeitas à arbitragem administrativa no direito português”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 169 e ss.; PEDRO SIZA VIEIRA, “A arbitrabilidade de direito público em Portugal: um ponto de situação”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, vol. VII, 2014, pp. 29 e ss.

⁹⁵ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “O estatuto constitucional da arbitragem necessária no Direito Administrativo e o problema das custas do Tribunal Arbitral do Desporto [Anotação ao Ac. do Tribunal Constitucional n.º

O legislador tem procurado resolver algumas das dúvidas, reservas e incertezas que foram sendo evidenciadas em seu redor. A este respeito, recordamos uma alteração legislativa recente, que entrou em vigor há pouco tempo, e que visa credibilizar a justiça arbitral, através da publicação das suas sentenças. Refiro-me ao novo regime que torna obrigatória a publicação das decisões administrativas dos tribunais arbitrais (*ad hoc* e emitidas pelos centros de arbitragem) e cria a plataforma eletrónica que serve de base à apresentação e publicação destas decisões (Portaria n.º 165/2020, de 7 de julho), declarando expressamente o conteúdo da sentença a ser publicada. A questão da obrigatoriedade e a extensão da publicação é sempre difícil, pois requer a conciliação da publicidade com um traço essencial da arbitragem, a confidencialidade.

Assim, uma primeira ideia a desenvolver diz respeito a aspetos positivos da experiência portuguesa sobre a arbitragem jurídico-pública. A arbitragem tem vindo a ser alargada, não sendo agora apenas apanágio das situações jurídicas de paridade e dos litígios de onde emerge, sobretudo de conflito patrimonial, e o legislador procura cada vez mais resolver as deficiências normativas detetadas pela doutrina, embora a dispersão da respetiva disciplina e a sua insuficiência continuem a existir e a ser registadas como fragilidades.

Comummente, afirma-se que a arbitragem é um mecanismo eficaz de resolução de litígios, pois permite potenciar a solução dos litígios em tempo curto e oferecer rapidamente uma solução, musculando o valor da estabilidade na atuação administrativa e o restabelecimento da legalidade violada. A arbitragem resolve problemas, não deixa os litigantes à espera, impede a formação das situações de facto consumado e não envia o assunto em litígio para as “calendas gregas”.

Também a mediação apresenta inúmeras vantagens enquanto método de resolução de conflitos, quer em termos globais, do ponto de vista do serviço público, quer em termos pessoais e relacionais, do ponto de vista dos mediados. Pragmaticamente, diminui os custos inerentes à resolução de conflitos; reduz o tempo médio de resolução do conflito; permite que os participantes controlem os procedimentos, desde o início até ao fim, uma vez que a decisão de iniciar ou colocar termo à mediação está na disponibilidade das partes; mantém a

543/2019, de 16.10.2019, P. 392/18]”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 145, janeiro-março de 2021, pp. 21-47.

confidencialidade do conflito; sendo, em suma, um meio mais flexível e informal para encontrar a solução para o diferendo⁹⁶.

Numa perspetiva qualitativa, a mediação permite a melhoria do relacionamento entre as partes, ou pelo menos evita a sua deterioração, na medida em que promove um ambiente de colaboração na abordagem do problema; permite sanar o conflito na medida em que o mesmo é tratado a fundo e de acordo com os critérios valorizados pelas partes e não com critérios estabelecidos exteriormente; reduz o desgaste emocional, pois facilita a comunicação entre as partes; possibilita a efetiva reparação pessoal, uma vez que são as partes que chegam à solução para o problema. É recomendável para a resolução de litígios relativos a relações que se desejam restabelecer ou a situações que permanecem no tempo, de modo a que possa existir uma restauração da relação ou da situação, que se considera que perdurará após o litígio⁹⁷.

O regime jurídico da mediação, que entrou em vigor em 2014, reflete a prática moderna e define parâmetros claros para a condução de procedimentos, reconhecendo e mantendo a necessidade de flexibilidade⁹⁸. Até à entrada em vigor da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (LdeM), as normas orientadoras e disciplinadoras da mediação encontravam-se dispersas por vários diplomas, regulando-se assim, de forma parcial, os vários aspetos atinentes a um processo de mediação. Com a entrada em vigor da referida lei instituiu-se um regime geral de mediação.

O legislador optou, assim, por adotar um diploma que disciplina, de forma geral e sistemática, os diversos aspetos envolvidos num processo de mediação. O propósito de criação de um regime geral encontra-se patente no facto de o legislador ter ido mais além do que lhe era imposto pela já referida Diretiva 2008/52/CE, em matéria de mediação civil e comercial. As medidas adotadas aplicam-se a todos os procedimentos de mediação que tenham lugar em Portugal, sendo certo que disciplinam em especial o regime de mediação civil e comercial,

⁹⁶ Sobre o tema, por todos, *vd.* FERNANDO MARTÍN DIZ, *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, *cit.*

⁹⁷ Para um exemplo, muito concreto, *vd.* MARTA GARCÍA PÉREZ, “La mediación intrajudicial en ejecución de sentencia. El caso del antiguo edificio de Fenosa (A Coruña, España)”, in *Estudos de conciliação, mediação e arbitragem: o estado da arte*, Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), Coleção Estudos Jurídicos — Mestrado em Direito Administrativo AEDUM/NEDIP, Braga, 2019, pp. 87 e ss.

⁹⁸ MIGUEL CANCELLA ABREU/CLARA MOREIRA CAMPOS, “LAV e os novos desafios à mediação”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 161 e ss.

não sendo absoluta e expressamente claro se tal regime contempla os processos de mediação para os litígios jurídico-administrativos ou tributários.

No que respeita ao âmbito material de aplicação da LdeM, o seu artigo 1.º reconhece expressamente que esta abrange: *i)* os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal; *ii)* o regime jurídico da mediação civil e comercial; *iii)* o regime jurídico dos mediadores; e *iv)* o regime jurídico dos sistemas públicos de mediação⁹⁹.

Neste sentido, facilmente se compreende que a LdeM integra uma disciplina de aplicação verdadeiramente universal, destacando-se em especial os princípios orientadores e enformadores do processo de mediação. A LdeM acolhe um conjunto de normas aplicável aos mediadores e outras que constituem o regime geral ou regime-quadro de criação dos sistemas públicos de mediação. Em especial, destaca-se a disciplina aplicável apenas aos litígios civis e comerciais, determinando-se, de forma expressa, a exclusão de outros processos de mediação, como, por exemplo, a administrativa, evidenciando-se, portanto, a incerteza quanto ao regime a aplicar aos processos de mediação administrativa.

A segunda ideia aqui a evidenciar tem que ver, todavia, com dois assuntos difíceis relativos à mediação e à arbitragem e que ainda não estão suficientemente resolvidos na lei. Falaremos disso no ponto 4. Antes importa dizer mais sobre os princípios relativos à mediação.

2. A Mediação: Desenvolvimentos específicos

⁹⁹ Os Sistemas Públicos de Mediação (= SPM) visam fornecer aos cidadãos formas céleres de resolução de litígios, através de serviços criados e geridos por entidades públicas, conforme prevê o artigo 30.º da LdeM. A inovação do sistema português de mediação consiste no facto de, para além de se promover o recurso à mediação privada, o Estado organizar e disciplinar os SPM ao dispor dos seus cidadãos. Deste modo, entende o legislador que a mediação realiza a função constitucional de administração da justiça, porque, por um lado, a mediação que obtenha sucesso promove a tão desejada paz social, e, por outro lado, o recurso ao aparelho judiciário para os domínios onde o acordo das partes não é possível contribuirá para o seu descongestionamento e o conseqüente aumento da sua eficácia. Além de que a mediação permite que sejam resolvidos conflitos que não seriam levados a tribunal atendendo ao seu baixo valor, as designadas “bagatelas judiciais”. E, por último, porque a redução do acesso aos tribunais implicará a redução dos custos que o recurso ao aparelho judiciário pressupõe, contribuindo, deste modo, para uma maior eficiência do acesso à justiça. É neste sentido que se lê o n.º 4 do art. 202.º da CRP: “[a] lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”.

Os princípios estruturantes da mediação estão previstos na LdeM e aplicam-se aos processos de mediação realizados em Portugal, independentemente da natureza do litígio que seja objeto de mediação, sendo defensável que o exercício de mediação noutras áreas não expressa e especificamente disciplinadas pelo diploma esteja igualmente vinculado pelos princípios da mediação, como acontece, em bom rigor, com a mediação administrativa.

É de evidenciar, contudo, que a LdeM não esgota todos os princípios que a doutrina considera como inerentes ao processo de mediação, não tendo sido contemplados, designadamente, os da informalidade e da flexibilidade, segundo os quais o procedimento de mediação não exige solenidades especiais, não estando sujeita a fases processuais determinadas, considerando-se que o mediador pode tomar as medidas que entender serem as mais adequadas ao sucesso da mediação.

2.1.

O princípio da voluntariedade, segundo DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, analisa-se em quatro dimensões¹⁰⁰. A primeira consiste na liberdade de escolha deste método de resolução de conflitos, pois as partes só submetem certo conflito à mediação se quiserem, e é por isso que é necessário o consentimento expresso. Por outro lado, a sua recusa não constitui violação de nenhuma obrigação processual. A segunda dimensão consiste na liberdade de abandono da mediação, o que significa que as partes podem, a todo o tempo, de forma conjunta ou unilateral, abandonar uma mediação em curso pela revogação do consentimento prestado. A terceira dimensão assenta na ideia de conformação do acordo que põe fim ao litígio, que não é imposto por qualquer terceiro, pois são as partes que controlam diretamente a mediação. Os mediados dispõem de plenos poderes para encontrarem a solução que bem entenderem, colocando assim um ponto final na contenda. Por último, o princípio em análise concretiza-se ainda na liberdade de escolha do mediador, o que difere da via clássica de resolução de conflitos, onde impera o princípio do juiz natural. A voluntariedade manifesta-se na possibilidade de as partes escolherem a pessoa que vai conduzir o processo. Aliás, numa perspetiva de comparação com a arbitragem, é na mediação que a intensidade de aplicação do princípio da voluntariedade é significativa, revelando-se ir mais além do que submeter o conflito a um método extrajudicial e escolher o árbitro, pois, na arbitragem, a voluntariedade cessa a partir daí. Precisamente, na mediação, ao invés, o princípio da voluntariedade

¹⁰⁰ DULCE LOPES/AFONSO PATRÃO, *Lei de Mediação comentada*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 25.

manifesta-se nisso e na permanência, na condução e na conclusão do procedimento de resolução do conflito.

O legislador português não acolheu a designada mediação obrigatória, instituindo o princípio da voluntariedade como estruturante deste método de resolução de litígios. A relevância deste princípio encontra-se patente tanto na LdeM como na Diretiva Europeia 2008/52/CE. Na verdade, a Diretiva refere-se à mediação como o processo “através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo”, pese embora permitir expressamente a opção do legislador nacional, que assim tanto pode prever o recurso obrigatório à mediação como consagrar incentivos e/ou consequências negativas (do género sanção) relacionados com a sua utilização, quer antes, quer depois do processo judicial.

Na realidade, o modelo de mediação obrigatória impõe às partes que passem por uma fase de mediação antes de intentarem uma ação em tribunal, sendo certo que, por regra, esta imposição não consiste na obrigatoriedade de as partes chegarem a um acordo, mas apenas na respetiva presença numa sessão de pré-mediação e, porventura, de uma sessão de mediação na qual o mediador procura orientar as partes com vista a alcançar um acordo.

É comum dizer-se que a imposição da mediação obrigatória traria algumas vantagens, tais como a sensibilização geral da comunidade para os meios de resolução alternativa de litígios e, possivelmente, a diminuição mais eficaz da litigância judiciária. É certo também que sempre se pode suscitar um conjunto de reservas à eficácia e à legitimação da mediação compulsória. Evidencia-se a questão da compatibilidade ou não deste modelo com o modelo constitucional de acesso ao Direito e à justiça, que, entre nós, como já apontámos, consagra expressamente o direito de livre acesso aos tribunais do Estado.

Numa perspetiva de Direito comparado, importa mencionar que há casos em que essa é a solução acolhida pelo legislador nacional, sendo certo que, questionada a compatibilidade da norma com o modelo constitucional de proteção judicial de direitos e interesses, a resposta tem sido em sentido negativo na grande maioria desses casos. Na Alemanha e nos Estados Unidos da América, por exemplo, tem-se considerado compatível com a respetiva

Constituição a instituição da mediação pré-processual obrigatória¹⁰¹. A experiência italiana a este propósito não deixa de ser relevante¹⁰².

Como se percebe, o legislador europeu deu essa margem de opção ao legislador nacional, aceitando a validade do modelo de mediação obrigatória desde que tais modelos não se traduzam em obstáculos no acesso ao sistema judicial e anulem a proteção efetiva de direitos, o que, na verdade, até pode decorrer da previsão na legislação nacional de penalidades pelo não recurso à mediação ou da consagração de mediação induzida, o que implica prever consequências negativas associadas à decisão de não recorrer a este meio alternativo de resolução de litígios¹⁰³. Voltaremos a este assunto, a propósito da solução acolhida em 2017 pelo legislador francês para certas causas em matéria administrativa.

2.2.

O princípio da confidencialidade da mediação que se encontra previsto no artigo 5.º da LdEM deve ser entendido em dois sentidos. O primeiro compreende o dever de sigilo do mediador, quer na sua dimensão externa, quer na sua dimensão interna. A dimensão externa significa

¹⁰¹ A voluntariedade de sujeição do litígio a processo de mediação não é consensual. Na verdade, mesmo no quadro europeu, em alguns países, o legislador optou por consagrar mecanismos de mediação pré-processual obrigatória. Em alguns casos, definindo de forma genérica a mediação como mecanismo de natureza voluntária, foram escolhidas áreas de litigância onde o recurso obrigatório à mediação foi a solução. Na Alemanha, considerou-se não haver dúvidas quanto à constitucionalidade da norma que a veio acolher. E esta é a convicção dominante no Direito norte-americano. É de salientar que alguma doutrina sustenta ser duvidosa a constitucionalidade de qualquer forma de mediação obrigatória. *Vd.* ASTRID STADLER, “Aufßergerichtliche obligatorische Streitschlichtung — Chance oder Illusion?”, in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1998, p. 2480. Sobre os sistemas de integração da mediação, *vd.* MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, *cit.*, pp. 62 e ss.; PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, *cit.*, pp. 43 e ss., pp. 51 e ss., pp. 71 e ss.

¹⁰² O legislador italiano veio prever uma solução que impede o recurso aos tribunais antes de as partes tentarem solucionar os litígios através de mediação, prevendo o processo de mediação como um passo necessário e prévio à via judicial, para a grande maioria das controvérsias, e estabelecendo penalidades tanto processuais como pecuniárias para as partes que se recusassem a participar no procedimento de mediação. Esta opção legislativa originou ações judiciais na *Corte Costituzionale* e no Tribunal de Justiça da União Europeia, no sentido de apurar se tal regulação violaria ou não as regras constitucionais e europeias no que concerne ao direito de liberdade de acesso aos tribunais, culminando na declaração de inconstitucionalidade das mencionadas normas.

¹⁰³ Sobre o tema, verifique-se o n.º 2 do artigo 5.º da Diretiva 2008/52/CE. Quanto à jurisprudência norte-americana, *cfr.* as referências dadas por ROSELLE L. WISSLER, “The effects of mandatory mediation: empirical research of small claims and common pleas courts”, in *Willamette Law Review*, vol. 33, 1997, p. 572.

que o mediador não pode utilizar para qualquer fim as informações que lhe tiverem sido comunicadas ou cujo conhecimento tenha obtido por força do procedimento de mediação. Por sua vez, a dimensão interna significa que o mediador não pode transmitir às outras partes as informações de carácter confidencial que lhe tiverem sido prestadas por qualquer um dos mediados. O mediador, por forma a garantir o sucesso das suas funções e de molde a conseguir a confiança das partes, tem de assumir este princípio como um verdadeiro segredo profissional. Só desta forma é que se encontram reunidas as condições para que as partes consigam ver na pessoa do mediador um terceiro imparcial, em quem podem confiar, sem que isso as prejudique de algum modo, salvaguardando sempre a sua intimidade.

Por outro lado, a confidencialidade também corresponde à impossibilidade de valoração do conteúdo da mediação nas vias judiciais. É de sublinhar que todo o conteúdo da mediação está abrangido pelo princípio da confidencialidade, pelo que nada do que as partes hajam confessado pode ser utilizado em juízo. Ou seja, neste segundo sentido, não é apenas o mediador que fica vinculado pela obrigatoriedade de sigilo como também as partes mediadas. Esta dimensão visa o sucesso do processo de mediação, pois, como é óbvio, as partes nunca negociariam abertamente se a confissão dos factos as viesse a prejudicar em tribunal, no caso de frustração do procedimento de mediação. Deste modo, seriam tentadas a ocultar informações que poderiam revelar-se fundamentais à obtenção de um acordo. Paralelamente, a confidencialidade da mediação constitui a verdadeira forma de a promover.

A lei não menciona de forma expressa a abrangência da confidencialidade dos mandatários e representantes das partes. Todavia, a respetiva vinculação resulta da formulação genérica contida no n.º 4 do artigo 5.º da LdeM, que se dedica ao “conteúdo das sessões de mediação” em que tenham intervindo.

Na verdade, a lei portuguesa determinou a proteção de todo o conteúdo das sessões de mediação e não apenas das informações daí resultantes e vinculou não só o mediador como também as partes mediadas, e ainda os demais intervenientes no procedimento de mediação. Assim, todos os documentos trocados, as palavras dirigidas tanto pelas partes como pelo mediador, bem como todas as propostas de solução formuladas no âmbito das sessões de mediação encontram-se abrangidos pelo dever de sigilo.

Na senda do que dispõe o legislador comunitário, a lei admite restrições à confidencialidade do processo de mediação em determinadas situações, elencando algumas, como seja o superior interesse da criança, ou a prevenção da saúde mental dos intervenientes. Assim, o

princípio da confidencialidade cede por razões de interesse público consideradas mais relevantes do que, designadamente, o sucesso da mediação.

Afigura-se essencial realçar que a presente norma sobre confidencialidade se encontra pensada para os litígios civis e comerciais, mas já não para os litígios administrativos aos quais também se aplica. Nestes últimos, existe uma tensão que se gera entre a confidencialidade, por um lado, e a transparência da Administração Pública, por outro. Interrogamo-nos se tal poderá conduzir a situações em que o interesse público demande a divulgação do acordo a que se chegue.

Questão que releva é a de saber se o princípio da confidencialidade da mediação pode ser derogado por mera vontade das partes. A Diretiva estabelece este caminho, impondo aos Estados-Membros o estabelecimento da confidencialidade da mediação “salvo se as partes decidirem em contrário”. Já o acordo das partes para reforço da confidencialidade do procedimento de mediação não aparenta enfrentar qualquer dificuldade, sendo certo, e até aconselhável, segundo alguma doutrina¹⁰⁴.

No que concerne às consequências da violação do dever de confidencialidade, para além dos casos em que configura um crime de “violação de segredo”, situação em que acrescerá a responsabilidade criminal do mediador, prevê-se também a sujeição a responsabilidade civil do mediador pelos danos causados, nos termos gerais. No caso de a violação ocorrer num sistema público de mediação, estabelecem-se ainda as sanções próprias inerentes à fiscalização do sistema, nomeadamente a sua suspensão ou exclusão das respetivas listas. Em consequência, e como garantia do princípio mencionado, a lei estabelece para o mediador a impossibilidade de participar como testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada com o procedimento de mediação, tendo o artigo 28.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, acolhido uma solução que vem no sentido de determinar que os impedimentos aí

¹⁰⁴ Problema que a lei não soluciona é o relativo a saber se o levantamento da confidencialidade nos casos legalmente previstos é uma decisão própria do mediador ou se, ao invés, é aplicável por analogia o regime jurídico do sigilo profissional do advogado, devendo aquele solicitar autorização para revelar as informações que repute como necessárias. A questão assume uma importância acrescida, porquanto a cessação do dever de confidencialidade é admitida com base em cláusulas abertas, devendo densificar-se, por um lado, quando se está perante razões de ordem pública e, por outro lado, quando tal é necessário à proteção desses interesses. Assim sendo, cabe ao mediador a ponderação dos interesses em jogo, procurando a verificação do direito de necessidade que constituirá causa justificativa. Atente-se que não vigoram normas especiais disciplinares ou deontológicas que subordinem o levantamento do sigilo a uma autorização prévia de certa entidade, ao contrário do que sucede, por exemplo, quanto ao segredo profissional do advogado.

previstos se devem à garantia da confidencialidade da mediação. Tal significa que, se o mediador for chamado a depor judicialmente, deve escusar-se a fazê-lo, salvo se estiver em causa alguma das situações tipificáveis como excepcionais (cf. n.º 3 do artigo 5.º).

2.3.

Os princípios da igualdade e da imparcialidade radicam da noção legal de mediador, sendo este considerado como “um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de conciliação de um acordo final sobre o objeto do litígio” [artigo 2.º, alínea b), da LdeM].

De acordo com CÁTIA MARQUES CEBOLA, o princípio da igualdade das partes acarreta as seguintes implicações: *i)* as partes têm direito a todas as informações relativas à mediação; *ii)* as partes têm o direito de exprimir livremente os seus pontos de vista e opiniões, respeitando o princípio da colaboração; *iii)* as partes têm direito a ser assessoradas por um advogado; *iv)* o mediador deve dar por concluída a mediação sempre que considere que o desequilíbrio de poder entre as partes é insuperável¹⁰⁵.

É de notar que a mediação pode revelar-se pouco adequada à resolução de conflitos onde há um ascendente de uma das partes em relação à outra, já que a sua predominância na posição, designadamente negocial, poderá implicar uma falta de interesse em dirimir o litígio.

2.4.

A imparcialidade do mediador consiste na equidistância em relação às partes mediadas, sendo certo que o mediador não pode, em qualquer caso, unir-se a alguma das partes, devendo ocultar as suas opiniões e emoções. Tal não pode obviar, porém, a que o mediador corrija ou contrarie eventuais desigualdades ou assimetrias. Assim “pode funcionar como fiel da balança, fazer um equilíbrio de forças”, como refere CÁTIA MARQUES CEBOLA, sendo certo que, nos casos de *power imbalance*, que sejam submetidos a mediação, deve o mediador empregar todos os meios necessários para compensar ou neutralizar esses desequilíbrios¹⁰⁶.

2.5.

Importa sublinhar que o princípio da independência não se confunde com os princípios da imparcialidade do mediador e da igualdade de partes. Nestes últimos visa-se a equidistância e a neutralidade, ao passo que no primeiro se visa o exercício livre e descomprometido da

¹⁰⁵ *Vd.* CÁTIA MARQUES CEBOLA, “A mediação pré-judicial em Portugal: Análise do Novo Regime Jurídico”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, vol. I/IV, 2010, p. 101.

¹⁰⁶ *Vd.* CÁTIA MARQUES CEBOLA, *La Mediación*, *cit.*, pp. 188 e ss.

função do mediador. O princípio da independência desdobra-se em duas dimensões. Por um lado, traduz-se na insubordinação do mediador a quaisquer outras entidades, públicas ou privadas, uma vez que o exercício da mediação é por natureza livre e não pode ser submetido a ordens de outros profissionais ou autoridades; por outro lado, implica a emancipação do mediador face a interesses próprios ou de terceiro, valores pessoais ou influências externas. O mediador deve conseguir libertar-se das suas convicções íntimas, para assim auxiliar os mediados a encontrar um acordo que os satisfaça, pondo de parte os seus próprios interesses ou juízos ou orientações quanto ao acordo a alcançar.

Esta última dimensão do princípio da independência concretiza-se na neutralidade do mediador quanto ao desfecho do procedimento, porquanto não pode ter qualquer influência nas opções das partes, mesmo que o acordo lhe pareça injusto. Sublinhe-se que esta neutralidade tão pretendida é, em concreto, impossível de alcançar em absoluto, visto que o mediador é uma pessoa que pautará a sua conduta pelos seus valores, ensejos, convicções e emoções, não sendo possível abster-se totalmente de tudo isso. Simplesmente, no exercício das suas funções deverá agir da forma mais inócua possível, utilizando ao máximo a sua capacidade técnica para não influir nas escolhas dos mediados.

2.6.

Nos sistemas públicos de mediação, há condições legais que garantem a competência do mediador, por forma a garantir o correto exercício da sua função. A lei não só estabelece um conjunto de requisitos legais de acesso à atividade (idoneidade, idade, formação geral e específica), como o recrutamento é feito por concurso público. Porém, a LdeM veio introduzir um princípio da competência e da responsabilidade, que tem como propósito garantir que todos os que pretendam exercer a função de mediador adquiram aptidões e capacidades específicas para o desempenho da atividade, consagrando ainda que a violação dos deveres próprios do ofício implica a responsabilidade civil do mediador.

No que tange às aptidões e competências, a formação específica não é um requisito de acesso à função de mediador. A lei limita-se a determinar que o mediador de conflitos “pode frequentar ações de formação que lhe confirmem aptidões específicas, teóricas e práticas, nomeadamente cursos de formação de mediadores de conflitos” (artigo 8.º, n.º 1). Deste modo, a lei só garante a habilitação dos mediadores nos sistemas públicos.

O princípio aparenta efetivamente ter um efeito prático, através da análise conjunta do n.º 1 do artigo 8.º com a alínea e) do n.º 1 do artigo 9.º, parecendo implicar que só os mediadores que hajam obtido aprovação em ações de formação certificadas é que fazem parte da lista de

mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça. A intervenção de mediador constante da referida lista é condição necessária para que o acordo que seja alcançado tenha força executiva.

Quanto à responsabilidade, o princípio significa que à violação dos deveres a que o mediador está adstrito no exercício da sua atividade corresponde o dever de responder pelos danos que a sua conduta ilícita causar.

2.7.

O princípio da executoriedade encontra-se plasmado no artigo 9.º da LdeM, prevendo o normativo a executoriedade dos acordos obtidos através do procedimento de mediação, obedecendo aos requisitos elencados e sem necessidade de homologação judicial.

Como forma de potenciar o recurso à mediação, o legislador nacional veio dispensar o acordo de homologação judicial para que a mesma possa adquirir força executiva, uma vez que, não sendo esta exigida pela Diretiva Europeia, corresponde a uma opção do legislador nacional. No seu artigo 6.º, a Diretiva apenas exige que as partes possam requerer a um tribunal a declaração de executoriedade do acordo obtido através de mediação. No seu considerando 22, todavia, respeita-se a opção pela classificação dos acordos obtidos através do processo de mediação como títulos executivos.

É um facto que a executoriedade dos acordos alcançados é pressuposto do sucesso da mediação, pois só deste modo é que as partes podem confiar no êxito da resolução do diferendo através da mediação, tal como se a deliberação tivesse sido tomada por um juiz. O fim da contenda deixa de ser decidido por um terceiro e passa a sê-lo pelas próprias partes, mas cuja execução é judicialmente exigível. Para que a força executiva se produza, a lei elenca alguns requisitos, a saber: *i)* existência de um conflito que legalmente pode ser objeto de mediação, ou seja, que versa sobre interesses de natureza patrimonial ou que sejam suscetíveis de transação; *ii)* inexistência de norma especial que exija a homologação judicial; *iii)* que as partes sejam capazes; *iv)* que a mediação haja cumprido a lei, nomeadamente que o acordo revista a forma escrita; e ainda *iv)* que o conteúdo do acordo não viole a ordem pública.

Por outro lado, é exigido que o mediador esteja inscrito na lista organizada pelo Ministério da Justiça (o que deverá implicar a aprovação em cursos de formação de mediadores certificado). O acordo de mediação alcançado em sede de um procedimento de mediação constitui um contrato ou uma transação — contrato através do qual as partes “terminam um litígio mediante recíprocas concessões” (n.º 1 do artigo 1248.º do Código Civil), o qual só

poderá incidir sobre direitos disponíveis. A transação tem de revestir necessariamente a forma escrita, tal como se estabelece para o acordo de mediação. Deste modo, duas consequências da disciplina do artigo 9.º da LdEM podem aqui ser registadas. Quando o acordo goza de força executiva, não é vedado a qualquer das partes requerer ao tribunal que homologue o acordo. A ratificação judicial pode afigurar-se útil em dois casos: por um lado, quando se pretende a respetiva eficácia além-fronteiras, já que não é comum a atribuição de força executiva aos acordos de mediação nos demais Estados-Membros; por outro lado, quando uma das partes vise atribuir à convenção uma especial força executiva pela sua equiparação a sentença judicial, tal reduz, assim, os fundamentos admissíveis de oposição à execução.

3. A Arbitragem. Desenvolvimentos específicos

A arbitragem, a par da mediação, da negociação e da conciliação, constitui um meio alternativo, aos tribunais judiciais, de resolução de litígios. Como temos vindo a dizer, os meios de resolução alternativa de litígios correspondem a formas de alcançar para as controvérsias uma solução mais acessível, mais rápida e mais simples, sem custos ou pouco dispendiosa e com as mesmas garantias de segurança que os tribunais do Estado oferecem. A dogmática não apresenta um conceito unitário de arbitragem. Todavia, a maioria da doutrina tem defendido que a arbitragem consiste no instituto através do qual as partes confiam a uma ou mais pessoas livremente designadas, os árbitros, o poder de dirimir os seus conflitos, mormente os que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis. Segundo FRANCISCO CORTEZ, “o mecanismo arbitral é uma forma de administração da justiça em que o litígio é submetido por convenção das partes ou por determinação imperativa da lei ao julgamento de particulares, os árbitros, numa decisão a que a lei reconhece o efeito de caso julgado e a força executiva iguais aos da sentença de um qualquer tribunal estadual, a quem é retirada, por sua vez, a competência para julgar tal litígio”¹⁰⁷.

E ainda que haja divergências quanto à natureza jurídica da arbitragem, se tem natureza jurisdicional, privada ou pública, em comum, os autores não deixam de lhe reconhecer a

¹⁰⁷ *Vd.* FRANCISCO CORTEZ, «A arbitragem voluntária em Portugal. Dos “ricos homens” aos tribunais privados», *cit.*, pp. 365-404.

natureza vinculativa da decisão, a aproximação ao padrão judicial tradicional, uma vez que a sentença faz caso julgado e tem força executiva.

Para outros autores, a arbitragem constitui um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efetuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenções das partes. Assim, por exemplo, MARIANA FRANÇA GOUVEIA define a arbitragem como o modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão é confiada a terceiros, com base na vontade das partes¹⁰⁸.

A arbitragem consiste numa técnica de solução de conflitos heterocompositiva, pois exige a intervenção de um terceiro; convencional, porque tem fundamento num acordo firmado entre as partes; formalizada, porque pressupõe a escolha de procedimentos pré-determinados que devem ser seguidos pelos árbitros e pelas partes; e uma técnica quási-judicial, que garante uma solução obrigatória para as partes, uma vez que os árbitros são verdadeiros juízes, embora não façam parte da justiça do Estado e sejam escolhidos pelas partes.

Portanto, a arbitragem constitui um meio jurisdicional e heterocompositivo de litígios, uma vez que “as partes atribuem a um terceiro ou terceiros, os árbitros, a capacidade de decisão do seu litígio, sendo certo que a decisão que venha a ser proferida pelos árbitros assume um carácter vinculativo para as partes, uma vez que estas, por força da sua liberdade contratual, confiaram nos árbitros para dirimir o seu litígio, presumindo-se que cumprirão voluntariamente a solução dada pelo árbitro em decorrência do princípio da boa-fé objetiva e da confiança que depositaram nele ao escolhê-lo”¹⁰⁹.

É neste campo que a arbitragem se distingue de outros meios de resolução de litígios, como a mediação, que constitui um meio autocompositivo e não jurisdicional de conflitos, cabendo às partes, através do seu *empowerment*, decidir qual a solução para o seu conflito. Na verdade, o carácter autocompositivo da mediação torna o acordo final numa mera eventualidade. As partes podem não alcançar o acordo ou desistir do procedimento em qualquer momento. Na arbitragem, a constituição válida do tribunal arbitral transfere para os árbitros a decisão do litígio, não podendo estes injustificadamente obstar a que uma sentença seja proferida no prazo acordado. Na arbitragem, a resolução do conflito surge sempre com a decisão arbitral; na mediação, por seu turno, a resolução do conflito pode não acontecer, bastando que as partes desistam ou não aceitem o acordo final.

¹⁰⁸ *Vd.* MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios, cit.*, pp. 119 e ss.

¹⁰⁹ *Ibidem.*

Sobre a natureza da arbitragem há, no entanto, muito mais a dizer, debatendo-se teses contratuais, jurisdicionais e mistas, havendo inclusive uma quarta tese dita autonomista, que coloca a arbitragem fora do âmbito contratual ou jurisdicional, situando-a num outro nível, processual¹¹⁰.

A arbitragem, como qualquer outro meio de resolução de litígios, comporta as suas vantagens e desvantagens, no contexto de uma comparação com o recurso aos tribunais judiciais. Quanto às vantagens, podemos apontar: *i)* a celeridade, sendo, aliás, uma das principais justificações para a sua escolha; *ii)* a especialidade dos árbitros — o árbitro será alguém especializado na área de discussão e com conhecimento na matéria; *iii)* maior sigilo ou confidencialidade, uma vez que a solução para o litígio não afasta a possibilidade de se manter em segredo informações atinentes à contenda e às partes, designadamente elementos imateriais importantes das atividades da empresa, como práticas comerciais, invenções ou políticas internas que eventualmente sejam objeto de discussão no decorrer do litígio; *iv)* possibilidade da preservação do relacionamento contratual; *v)* informalidade dos procedimentos de arbitragem, sendo que são muito menos formais e bastante simplificados, tornando o processo geral muito mais rápido do que um julgamento típico; *vi)* as partes mantêm maior controlo sobre o processo de resolução do conflito por meio de arbitragem, incluindo na escolha do árbitro.

Em suma, consideramos como vantagens da arbitragem: *i)* o carácter mais reservado ou confidencial do respetivo processo; *ii)* a melhor adequação à apreciação dos litígios de especial complexidade (os árbitros podem ser especialistas na matéria controvertida); *iii)* a possibilidade de escolha dos árbitros, de regras processuais, do direito aplicável; *iv)* a celeridade na obtenção de decisão para os casos que lhe são submetidos, porque não entram na lista de espera e porque a respetiva resolução pressupõe formas mais simplificadas de tramitação processual.

Como desvantagens da arbitragem podemos indicar, essencialmente, *i)* a impossibilidade, por regra, de recurso da decisão arbitral para os tribunais do Estado; e *ii)* os custos avultados, se

¹¹⁰ *Vd.* MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, *cit.*, pp. 119 e ss.; *vd. tb.* MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, *cit.*, pp. 45 e ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 81 a 85; ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “A competência da competência e a autonomia do tribunal arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, 2013, pp. 291 a 325.

nos referirmos à arbitragem *ad hoc*, isto sem prejuízo de outras considerações em torno da arbitragem administrativa, de que falaremos adiante.

3.1. Modalidades de Arbitragem

Quanto às modalidades da arbitragem, podemos distinguir a voluntária da necessária, na medida em que a arbitragem se diz voluntária quando as partes a podem escolher, dependendo, portanto, dessa escolha de vontade subtrair, ou não, determinado conflito de pretensões aos tribunais da justiça oficial. Por outras palavras, a arbitragem será voluntária quando as partes, por força da sua própria autonomia da vontade, decidem submeter o litígio a árbitros, num quadro de escolha em alternativa aos tribunais judiciais, para a resolução da controvérsia existente ou a existir. À arbitragem voluntária ou facultativa é aplicável o regime constante da LAV.

Em suma, sempre se poderá concluir que a arbitragem voluntária *(i)* consiste num meio de resolução de litígios com eficácia jurisdicional; *(ii)* tem origem numa convenção das partes, mediante a qual confiam a árbitros, por si escolhidos ou designados nos termos da lei, a resolução de um ou mais conflitos que exista(m) ou possa(m) vir a existir entre si; e *(iii)* tendo normalmente carácter ocasional, embora se admita a criação de centros permanentes de arbitragem.

A arbitragem necessária é um tipo de arbitragem imposta por lei. As partes não têm opção, pois determinado litígio, por força da lei, deve obrigatoriamente ser submetido à jurisdição arbitral. Na distinção entre a arbitragem voluntária e a necessária está subjacente, em suma, a vontade de as partes dirimirem o seu litígio com recurso a um tribunal arbitral. Se são as próprias partes, por força da sua própria autonomia, que pretendem dirimir o seu litígio com recurso à arbitragem, esta será voluntária. Contudo, se as partes recorrem à arbitragem por imposição legal, a arbitragem será necessária ou obrigatória.

Deparamo-nos com a modalidade da arbitragem institucional quando as partes, na convenção de arbitragem, acordam que, perante um litígio atual ou eventual, pretendem dirimir o seu litígio submetendo-o a árbitros e remetendo-o para uma determinada instituição, um centro ou câmara, que é, por regra, um centro de arbitragem. Ao remeterem o seu litígio para um determinado centro ou instituição, as partes ficam vinculadas às regras e aos procedimentos dessa instituição, que sejam aplicáveis à arbitragem, nomeadamente às regras quanto ao prazo para a prática de atos processuais, à nomeação dos árbitros, aos custos

da arbitragem, entre outros aspetos, em que se podem incluir regras deontológicas aplicáveis aos respetivos árbitros. Nestes termos, a arbitragem será institucional quando for organizada sob a égide de uma instituição permanente, com um regulamento próprio que se aplica ao processo arbitral, que normalmente intervém quer para suprir a falta de acordo das partes na designação dos árbitros, quer na prestação de apoio logístico ao desenvolvimento do processo, recebendo como contrapartida o pagamento pelas partes de uma taxa variável segundo o valor da causa.

Por outro lado, a arbitragem será *ad hoc* quando o tribunal arbitral é constituído e o respetivo processo arbitral é definido e se desenvolve sem a intervenção ou o apoio de qualquer centro ou entidade permanente. Na arbitragem *ad hoc*, as partes, na convenção de arbitragem, também acordam que, perante um litígio atual ou eventual, pretendem solucionar o seu conflito através do recurso à arbitragem. Contudo, contrariamente à arbitragem institucional, as partes não remetem o seu litígio para uma instituição especializada. Neste caso, serão as partes a adotar as regras e os procedimentos aplicáveis ao seu conflito. O mesmo é dizer que na arbitragem *ad hoc* o tribunal arbitral é constituído por um árbitro ou árbitros escolhido(s) ou pelas partes, funcionando segundo as regras por elas estabelecidas, ou, na falta de acordo, estipuladas pelo árbitro ou árbitros, consoante estejamos perante um tribunal singular ou coletivo, respetivamente¹¹¹.

Se desejarmos elencar as vantagens e desvantagens entre recorrer a um tribunal arbitral *ad hoc* ou a um tribunal arbitral institucional, poderíamos identificar as seguintes vantagens da arbitragem *ad hoc*: *i*) maior autonomia da vontade das partes; *ii*) maior confidencialidade do processo arbitral; *iii*) adaptação do processo à matéria sobre que versa a arbitragem. Já no que respeita às respetivas desvantagens, é configurável apontar: *i*) um aumento do risco de irregularidades devido à ausência de uma entidade arbitral de supervisão; *ii*) maior dependência e necessidade de cooperação das partes e dos árbitros; *iii*) demora processual; e *iv*) custos mais elevados.

Relativamente às vantagens apontadas aos tribunais arbitrais institucionais, podemos referir as seguintes: *i*) especialização significativa, incluindo dos funcionários; *ii*) disponibilização de um regulamento que conforma o procedimento arbitral, evitando que tal venha a ser

¹¹¹ Sobre o tema, *vd.* MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, *cit.*, pp. 123 e ss. *Vd.*, *tb.*, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Notas sobre o procedimento de arbitragem segundo o regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 567 a 614.

desenvolvido pelas partes; *iii*) possibilidade de designação dos árbitros pelo centro arbitral; *iv*) é permitida a atividade de controlo pelo centro de arbitragem, desde logo, previamente à constituição do tribunal, e sobretudo do ponto de vista deontológico; *v*) maior segurança conferida pela supervisão e manutenção do procedimento arbitral pela instituição; *vi*) maiores eficiência e celeridade; e *vii*) maiores imparcialidade e independência dos árbitros. Por contraposição, é possível também configurar desvantagens à arbitragem institucionalizada, como sejam: *i*) custos acrescidos, tendo em conta a quantidade de serviços prestados pelo centro de arbitragem — além dos honorários dos árbitros, deve ser ressarcido o gasto com a administração do procedimento arbitral; *ii*) menores personalização e flexibilidade do procedimento arbitral.

Quanto à diferença entre a arbitragem com fundamento na equidade e a arbitragem com fundamento no Direito constituído, esta é uma distinção que tem por base os critérios adotados pelo árbitro na resolução do litígio, sendo certo que o critério norteador das decisões do árbitro tanto poderá ser a equidade como o Direito constituído.

Na arbitragem de direito, o árbitro está vinculado a decidir com fundamento em normas de Direito positivo, que podem ser escolhidas pelas partes, pelos próprios árbitros ou pela ordem jurídica aplicável. Por outras palavras, os árbitros decidem o litígio com base nas referências normativas legalmente aplicáveis, ou seja, os juízes árbitros interpretam a lei e aplicam normas jurídicas de modo semelhante aos juízes que integram a justiça oficial do Estado. Por seu turno, na arbitragem de equidade, o julgador é titular de um direito subjetivo muito amplo, uma vez que tem a possibilidade de decidir conforme o seu sentimento do que é, no caso concreto, justo ou injusto. Todavia, para que uma decisão possa ser decidida de acordo com a equidade é necessária a expressa concordância de todos os envolvidos.

A diferença entre a arbitragem nacional e a internacional parte do critério da nacionalidade das partes. Tal como refere FRANCISCO CORTEZ, “a arbitragem tem por referência uma relação jurídica cujos elementos fundamentais estão em contacto com várias ordens jurídicas e será interna quando o litígio resulta de uma relação jurídica que apenas tem contacto com uma ordem jurídica”¹¹². Em suma, a arbitragem será nacional quando ocorre dentro de um determinado Estado, instaurada por partes e árbitros nacionais ou ali domiciliados e cuja sentença é passível de ser executada nesse mesmo Estado.

¹¹² *Vd.*, do autor, «A arbitragem voluntária em Portugal. Dos “ricos homens” aos tribunais privados», *cit.*, pp. 365 e ss.

Interrogamo-nos se fará sentido distinguir a arbitragem privada da pública. Julgamos que sim. Contudo, mais do que escolher como critério de distinção a natureza dos sujeitos envolvidos — que nos levará a dizer que é pública se os sujeitos são de direito público (ou de direito internacional público, como são os Estados e as organizações internacionais intergovernamentais) —, será a situação de que emerge o conflito que, associada àquele, merecerá preponderância, no sentido de que será pública se o conflito disser respeito a tais sujeitos e estes estiverem a fazer uso do seu *ius imperium*, podendo, em todo o caso, estes sujeitos envolvidos na contenda serem particulares que atuam ao abrigo de poderes de autoridade. Por outro lado, se a relação for negocial, tratar-se-á de arbitragem privada sujeita às normas predefinidas por eles. Do mesmo modo, a par do exercício de uma função de autoridade, se existir um quadro de normatividade pública a delimitar a ambiência jurídica da relação de que emerge o conflito também a arbitragem que lhe seja aplicável poderá ser dita pública.

3.2. A convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem é o acordo das partes pela qual submetem à arbitragem um conflito atual ou eventual, tendo, portanto, natureza contratual, na medida em que é um negócio jurídico bilateral. Por outras palavras, consiste no acordo celebrado pelas partes no sentido de submeterem a resolução de um ou mais diferendos a uma via arbitral de tipo voluntário¹¹³.

As partes podem cometer a um tribunal arbitral, mediante convenção de arbitragem, a resolução de qualquer litígio respeitante a interesses de ordem patrimonial que uma lei de natureza especial não submeta aos tribunais do Estado ou à arbitragem necessária, atento o disposto no n.º 1 do artigo 1.º da LAV. A convenção de arbitragem pode ter por objeto litígios não patrimoniais, desde que o direito controvertido seja transacionável (n.º 2 do artigo 1.º). É a convenção de arbitragem que determina a jurisdição do tribunal arbitral, sendo legítimo dizer que este só tem competência quando o litígio que lhe é submetido está integrado na convenção e esta é válida. Se houver decisão sobre matéria não incluída na

¹¹³ Sobre o tema, *vd.* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, *cit.*, pp. 83 e ss.; RAÚL VENTURA, “Convenção de arbitragem”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, 1986, pp. 289 a 413.

convenção, essa decisão é anulável, por ser proferida por tribunal incompetente [artigo 46.º, n.º 3, alínea *a*), ponto *iii*]).

A convenção arbitral deve assumir a forma escrita (n.º 1 do artigo 2.º), considerando-se que este requisito se encontra satisfeito quando a convenção conste de suporte eletrônico, magnético, ótico ou de outro tipo que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação (n.º 3 do artigo 2.º). Uma convenção de arbitragem que viole o disposto nos artigos 1.º e 2.º da LAV é nula (artigo 3.º)¹¹⁴.

Enfim, porque é contratual a fonte dos poderes do tribunal arbitral, este só tem competência se e onde houver contrato. Assim, para que o tribunal arbitral seja competente, é necessário que o litígio em causa esteja contemplado na convenção arbitral.

3.2.1.

As convenções arbitrais podem assumir duas modalidades: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (n.º 3 do artigo 1.º da LAV). A cláusula compromissória tem por objeto litígios que emirjam de relações jurídicas contratuais ou extracontratuais e consta, como disposição autónoma, de um contrato de natureza jurídica diferente da convenção de arbitragem, designado por contrato principal. Nos termos do n.º 3 do artigo 1.º, é compromisso arbitral a convenção que tenha por objeto um litígio atual e cláusula compromissória a que tenha por objeto conflitos eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual, sendo que o que distingue um e outra é a existência ou não da disputa. Se se tratar de litígio existente, falamos de compromisso arbitral; já se fala de cláusula compromissória se se tratar de conflito eventual, devendo neste caso ser necessário precisar a concreta relação jurídica da qual a controvérsia poderá emergir.

O compromisso arbitral tem por objeto um litígio atual (ou seja, as partes já se encontram em litígio), mesmo que afeto a um tribunal do Estado, devendo neste caso existir extinção da ação [nos termos dos artigos 280.º e 277.º, alínea *b*), do Código de Processo Civil (CPC)]. Por regra, na convenção arbitral, as partes definem, nomeadamente, o objeto do litígio e a sua submissão à via arbitral, regulam aspetos do processo, a escolha de árbitros e o seu perfil, a lei aplicável à convenção, a escolha do local de arbitragem e os custos e a recorribilidade da decisão arbitral. As referências feitas na LAV ao estipulado na convenção de arbitragem vale, igualmente, para regulamentos de arbitragem para os quais as partes remetam (artigo 6.º).

¹¹⁴ Sobre a natureza e os tipos da convenção de arbitragem, *vd.* MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios, cit.*, pp. 125 e ss.

A declaração unilateral de adesão prévia, que no nosso ordenamento jurídico existe em alguns Centros de Arbitragem do Consumo, significa uma adesão das empresas ao Centro para a resolução de litígios futuros com consumidores. Não se trata de cláusula compromissória porque não há contraparte, uma vez que a vinculação da empresa faz-se perante todos, correspondendo a uma declaração dirigida a um público não identificado. Para DÁRIO MOURA VICENTE, estas declarações unilaterais de adesão são meras promessas de celebração de convenção arbitral¹¹⁵. E precisamente, porque são promessas e são unilaterais, necessitam sempre da aceitação da parte contrária, pelo que nunca podem ter efeito potestativo normal da convenção de arbitragem, sendo certo que a derrogação do direito de ação, que a celebração de uma convenção arbitral implica, só pode verificar-se nos casos em que a lei o permite. A LAV faz apenas referência a cláusulas compromissórias e compromissos arbitrais, aqui não se incluindo a adesão prévia com carácter genérico¹¹⁶.

A convenção de arbitragem é, em suma, um negócio jurídico (processual) absolutamente central na temática de subtração do litígio aos tribunais do Estado e, por conseguinte, na atribuição de competência aos árbitros. Precisamente por isso, importa reconhecer que este é um tema que deverá ser retomado adiante, a propósito da arbitragem na contratação pública e da solução acolhida, hoje, entre nós, nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 2 do artigo 476.º do CCP, onde o legislador vem prever a necessária declaração unilateral de adesão prévia dos operadores económicos (candidatos e concorrentes em procedimentos adjudicatórios).

¹¹⁵ Sobre o tema, *vd.* DÁRIO MOURA VICENTE, “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano 43, n.º 2, 2002, pp. 987 a 1004; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, *cit.*, pp. 83 e ss.; RAÚL VENTURA, “Convenção de arbitragem”, *cit.*, pp. 289 a 413.

¹¹⁶ Sobre o tema, *vd.* MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, *cit.*, pp. 127 e ss. Para a autora, a declaração unilateral genérica deve ser considerada uma mera promessa de celebração da convenção arbitral, sendo certo que, neste caso preciso, se a parte que aderiu previamente não aceder à celebração da convenção prometida, os efeitos são meramente obrigacionais. Esta diferença é muito importante, para a autora, porque o efeito da celebração da convenção arbitral é essencialmente processual: a celebração de uma convenção arbitral implica a falta de jurisdição dos tribunais estaduais sobre o caso. Se for proposta em tribunal estadual uma ação que tenha como objeto um litígio sobre o qual incida uma convenção arbitral, verifica-se uma exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, exceção que implica a absolvição do réu da instância e a conseqüente extinção da mesma. Daí que se caracterize a convenção de arbitragem como um negócio jurídico processual. Sobre o tema, *vd.* JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 625 a 641, p. 627.

3.3. O processo arbitral (em sentido amplo)

O processo arbitral poderá definir-se como um processo composto de duas fases, uma primeira — fase preliminar — cujo objetivo é a constituição do tribunal arbitral e uma segunda — processo arbitral (instância arbitral) — que pode definir-se como o complexo de atos e formalidades, que se desenrola perante o juiz árbitro ou os juízes árbitros, tendentes à prolação da decisão arbitral. O artigo 30.º da LAV refere-se com autonomia à escolha das regras processuais, podendo tal acontecer até à aceitação do primeiro árbitro. O acordo pode consistir na criação de um processo específico ou em simples remissão para regulamentos de arbitragem de centros ou câmaras de arbitragem. Na falta de elaboração pelas partes, devem os árbitros fazê-lo.

A LAV prevê regras quanto ao primeiro momento, sendo certo que na arbitragem institucionalizada existem, por regra, os respetivos regulamentos. Conforme evidenciámos, entende-se por procedimento arbitral a sucessão ordenada de atos e formalidades praticados até à constituição do tribunal e por processo arbitral o conjunto de atos e formalidades praticados após a constituição do tribunal, sendo certo que não faria sentido separar a fase de constituição do tribunal arbitral do processo arbitral, pois, ainda que indiretamente, aquela integra-se já no conjunto de atos que irá conduzir à almejada decisão final. Com efeito, a fase preliminar é *conditio sine qua non* do processo arbitral, *stricto sensu*. Isto significa que, para que possamos passar à fase do processo arbitral propriamente dito, é necessário primeiramente a verificação do processo preliminar, ou seja, é necessária a prévia constituição de um tribunal arbitral.

3.3.1. A fase da constituição do tribunal arbitral (e fase de instalação)

A submissão de um litígio ao tribunal arbitral depende da prévia celebração de uma convenção de arbitragem entre as partes (n.º 1 do artigo 1.º da LAV), a qual poderá ter por objeto um litígio eventual ou futuro. No primeiro caso, a convenção de arbitragem assumirá a forma de um compromisso arbitral e no segundo caso a forma de uma cláusula compromissória. Existindo convenção de arbitragem, nos termos do artigo 2.º da LAV, a parte que pretenda instaurar o litígio deve notificar a outra parte. A notificação deve ser feita por carta registada com aviso de receção ou outro meio que assegure os mesmos propósitos. Nos termos do n.º 6 do artigo 2.º, esta notificação deve conter: *i*) a convenção de arbitragem

ou o objeto do litígio, caso este não resulte daquela convenção; *ii*) a designação do árbitro ou dos árbitros, caso a parte opte por designar um ou mais árbitros; *iii*) o convite dirigido à outra parte para designar o seu árbitro ou árbitros — caso o árbitro deva ser designado de comum acordo pelas partes, devendo, neste caso, incluir a sua proposta e o convite à outra parte para que o aceite. Se o árbitro tiver de ser designado por terceiro, será este notificado para o fazer. O essencial é que em todo o processo de constituição do tribunal arbitral seja respeitado o princípio da igualdade de partes, uma vez que tal processo se desenrola com a participação de ambas as partes.

3.3.2. O árbitro

O árbitro deve ser pessoa singular e plenamente capaz, não havendo quaisquer restrições quanto à área de formação ou quanto às habilitações literárias. Aspeto central no estudo da arbitragem e de contribuição decisiva para a sua credibilidade é o estatuto do árbitro, uma vez que, como escreve MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “a arbitragem será tão boa quanto o árbitro”, sendo a sua escolha, em suma, extremamente decisiva na arbitragem concreta (qualidade do processo e respetivo resultado). A independência e a imparcialidade são traços vitais do árbitro, tal como a competência, o bom senso e a autoridade moral¹¹⁷.

O estatuto do árbitro pode ser definido como o conjunto dos direitos e deveres dos árbitros durante o processo arbitral. A LAV regula esta matéria, não dispendo, contudo, com pormenor, nem se referindo à ética ou deontologia profissional. Existe, no tema, espaço para a autorregulação, através de códigos deontológicos promovidos por associações profissionais ou por regras de entidades, instituições ou câmaras. Também os Centros de Arbitragem têm regulamentos próprios onde dispõem sobre os deveres dos respetivos árbitros, sujeitando o seu cumprimento ao escrutínio de órgãos próprios, com função deontológica.

Dada a absoluta centralidade do tema, mormente porque o n.º 4 do artigo 181.º do CPTA, no que concerne à constituição e ao funcionamento do tribunal arbitral, faz aplicar ao árbitro (que opera na arbitragem administrativa) os deveres e impedimentos previstos no regime

¹¹⁷ Sobre o tema, *vd.* MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, *cit.*, pp. 199 e ss.; e PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Constituição do tribunal arbitral e estatuto do árbitro”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, 2012, pp. 221 a 228, e “Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragem voluntária *ad hoc*”, in *Estudos em memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 827 a 841.

jurídico da arbitragem em matéria tributária, com as necessárias adaptações, voltaremos a este tema, precisamente para questionar da suficiência da remissão, a propósito de quem deve ser o árbitro na arbitragem pública, em particular no que respeita a impedimentos e conflito de interesses, sobretudo no quadro dos deveres de revelação.

3.3.3. Princípios do processo arbitral

Faltando regulação especial, os princípios que norteiam o processo arbitral devem buscar-se na lei geral de arbitragem. Não obstante algumas especificidades, tais princípios não podem divergir, no essencial, dos princípios processuais a que está adstrito o processo convencional. A LAV consagra, no entanto, expressamente no artigo 30.º, os princípios fundamentais a observar no processo arbitral: princípio da boa-fé; princípio da igualdade de partes; princípio do contraditório; princípio da ampla participação das partes no processo; princípio da imparcialidade e independência dos árbitros; princípio da autonomia do tribunal na condução do processo e determinação das regras; princípio da celeridade e flexibilidade processual. Acrescem os princípios emergentes do *due process of law*, a que já fizemos referência neste texto, que sempre devem funcionar como princípios-legitimadores e simultaneamente princípios-limite à natureza contratual das regras processuais e àquelas regras que sejam escolhidas para alcançar o julgamento do respetivo caso, sendo, em suma, princípios-parametrizantes da validade das normas ou regulamentos do processo arbitral, do próprio processo e da respetiva decisão arbitral.

3.3.4. O processo arbitral. Tramitação

A escolha das regras processuais e a instalação do tribunal precedem a fase de alegações, a fase intermédia, a fase de prova, o julgamento e a decisão¹¹⁸. Vejamos: analisando a LAV, podemos considerar as seguintes fases da tramitação: (i) iniciativa; (ii) contestação; (iii) instrução; e (iv) decisão.

¹¹⁸ Sobre o tema, *vd.* SOFIA RIBEIRO MENDES, “Organização do processo arbitral e da audiência (visto pela perspectiva dos árbitros)”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 41-62; e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, *cit.*, pp. 233-278.

No que respeita à iniciativa, o processo administrativo arbitral inicia-se com a apresentação do litígio ao tribunal, através de um articulado ou uma exposição dos factos com a indicação das questões a resolver; por vezes, a petição inicial poderá estar integrada no requerimento de pedido de constituição do tribunal arbitral.

No que concerne à contestação, ela decorre do princípio do contraditório e impõe que a outra parte apresente a sua defesa, sendo que, por um lado, a não apresentação da defesa pela parte requerida, dentro do prazo estipulado, tem, em regra, como consequência, o prosseguimento da instância arbitral, e, por outro lado, salvo acordo em contrário, a não apresentação da defesa em tempo oportuno não impede a subsequente prática dos atos processuais pela parte faltosa.

A fase da instrução corresponde à produção de prova perante o tribunal arbitral, sendo que poderá ser produzida qualquer prova admitida na lei processual civil, de modo a formar a convicção do tribunal.

Relativamente à decisão, esta é a fase final do processo e é pela decisão que se procede à resolução do litígio. A decisão deve ser proferida no prazo acordado pelas partes, sendo este fixado em 12 meses, se outro prazo não resultar do seu acordo, contados a partir da data de designação do último árbitro, salvo acordo em contrário; o prazo de decisão poderá ser prorrogado no seu dobro, se houver acordo escrito das partes.

Vale comentar acerca da decisão arbitral (a qual não seja passiva de recurso e já não seja suscetível de alteração nos termos do artigo 45.º da LAV), que possui carácter obrigatório perante as partes envolvidas, da mesma forma que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado, além de que também possui a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual. Ademais, proferida a sentença arbitral, as partes são notificadas através de um exemplar assinado pelos árbitros, sendo que, no entanto, as decisões proferidas por tribunais arbitrais são processadas necessariamente na jurisdição do Estado — uma consequência do monopólio estadual dos poderes de execução forçada (artigo 42.º, n.º 6, da LAV). A decisão arbitral, tal como na arbitragem em direito privado, após o trânsito em julgado, tem força de caso julgado e indubitável força executiva, equiparando-se, assim, às decisões jurisdicionais dos tribunais do Estado (nos termos do n.º 7 do artigo 42.º da LAV), sendo que a respetiva execução corre nos tribunais do Estado, segundo as regras que disciplinam o processo executivo nesse contencioso.

Quando a decisão arbitral é proferida por um tribunal arbitral singular (composto apenas por um árbitro), ela terá a natureza jurídica de sentença; por outro lado, quando o tribunal arbitral tiver uma composição coletiva (composto por dois ou mais árbitros), a decisão que venha a ser proferida terá a natureza de acórdão. A decisão arbitral, sendo o tribunal arbitral de composição plural, será tomada por maioria dos votos, em deliberação na qual todos os árbitros que o compõem deverão participar, salvo se as partes exigirem uma maioria qualificada. Estas poderão ainda convencionar que, não se havendo formado a maioria necessária, a decisão seja tomada unicamente pelo presidente ou que a questão se considere decidida no sentido do voto do presidente. A decisão deve ser devidamente fundamentada e reduzida a escrito, nos termos dos n.ºs 1 e 3 do artigo 42.º da LAV. Dela devem constar, nos termos dos n.ºs 1, 4 e 5 do artigo 42.º, os seguintes elementos: a identificação das partes e dos árbitros; a referência à convenção de arbitragem; o objeto do litígio e o local onde decorreu a arbitragem; a data em que foi proferida; a assinatura dos árbitros e, nessa eventualidade, a referência aos árbitros que não puderam ou não quiseram assinar, sendo que a decisão deverá conter obrigatoriamente um número de assinaturas pelo menos igual ao da maioria dos árbitros; os votos e a identificação dos árbitros vencidos e a fixação e eventual repartição pelas partes dos encargos com o processo. A decisão arbitral será notificada a cada uma das partes, por carta registada (artigo 42.º, n.º 6, da LAV). O original deverá ser depositado na secretaria do tribunal, a menos que as partes tenham dispensado tal depósito. Na eventualidade de o mesmo se verificar, o tribunal arbitral deverá desse facto notificar as partes. O poder jurisdicional dos árbitros extingue-se com a notificação do depósito da decisão, ou, caso este não se verifique, com a notificação da decisão.

3.3.5. Quanto aos meios de reação

Na LAV, os meios de reação contra decisões arbitrais encontram-se previstos no artigo 39.º, n.º 4, que regula o recurso, e no artigo 46.º, que regula a impugnação. No recurso, a regra é a da irrecorribilidade das decisões arbitrais, a não ser que as partes o tenham previamente convencionado na convenção arbitral, sendo certo que a impugnação das decisões arbitrais tem assumido protagonismo, dado o carácter implacável e a força do princípio da irrecorribilidade das decisões arbitrais, tendo a impugnação correspondido ao único meio de reação contra decisões arbitrais. O n.º 3 do artigo 46.º prevê os fundamentos que podem justificar a apresentação de um pedido de anulação, correspondendo uns aos fundamentos que têm de ser invocados e provados pelas partes, nos termos da alínea *a*), e outros aos

fundamentos que são de conhecimento oficioso, nos termos da alínea *b*). No n.º 9 do artigo 46.º estão previstos os casos em que a decisão arbitral pode ser anulada por força da *inarbitrabilidade* do objeto do litígio.

Assim, como se percebe, são dois os meios de reação admitidos contra decisões arbitrais: o recurso e a impugnação através de uma ação de anulação, tendo ambos o mesmo regime que se aplica em sede de arbitragem voluntária. A distinção entre o recurso e a impugnação está na natureza e nos fundamentos de cada um deles. Assim, o recurso visa uma reapreciação, por uma outra entidade, em regra, pelos tribunais do Estado, da decisão adotada em sede de arbitragem. O recurso incide sobre o mérito da decisão adotada e permite, em regra, que os tribunais de recurso julguem o litígio. Por sua vez, a impugnação consiste num controlo de validade da decisão arbitral previamente ditada, sendo certo que o tribunal a quem compete conhecer a questão não vai apreciar o mérito ou a bondade da decisão impugnada, e muito menos lhe é permitido adotar uma nova decisão sobre essa matéria, podendo apenas, nos casos previstos na lei, anular aquela decisão arbitral impugnada.

A possibilidade de interpor recurso das decisões arbitrais exprime sempre alguma desconfiança quanto ao respetivo mérito, pois a interposição de um recurso permite aos tribunais estaduais sindicar o mérito intrínseco daquelas decisões proferidas pelo tribunal arbitral. A tendência atual, em sede de arbitragem comercial e internacional, tem sido a de diminuir as situações em que é possível interpor recurso das sentenças arbitrais — sendo mesmo diversos os casos em que as mesmas são insuscetíveis de recurso (princípio da definitividade da sentença arbitral).

Constituindo o mecanismo da impugnação das sentenças arbitrais a melhor forma de garantir a regularidade dos processos arbitrais, tem sido este o principal mecanismo que tem vindo a ser adotado por forma a garantir os valores fundamentais de qualquer ordenamento jurídico, permitindo aos tribunais estaduais anular sentenças arbitrais sempre que as mesmas tenham sido proferidas na sequência de processos que ponham em causa algum desses valores.

O artigo 185.º-A do CPTA, com a epígrafe, “Impugnação e recurso de decisões arbitrais”, determina que “[a]s decisões proferidas pelo tribunal arbitral podem ser impugnadas nos termos e com os fundamentos estabelecidos na LAV”. E como ali se estabelece, salvo convenção em contrário (ao abrigo do n.º 4 do artigo 39.º da LAV), a impugnação de uma sentença apenas pode ocorrer mediante a interposição de um recurso de impugnação sendo formulado o pedido de anulação. Facilmente se verifica que o legislador não quis estabelecer um regime específico para a impugnação de decisões arbitrais em arbitragem administrativa,

optando por uma remissão para o regime de impugnação de decisões arbitrais previsto na LAV. Contudo, se assim é, também é verdade que, a par desta regra, muitas exceções estão previstas em legislação especial sobre arbitragem administrativa, sendo uma delas a que respeita à arbitragem relativa a procedimentos adjudicatórios de contratos públicos a cujo contencioso devam aplicar-se as Diretivas Recursos ou Meios Contenciosos.

III. A Mediação e a Arbitragem administrativas: problemas e desafios

1. Problemas e desafios comuns gerais

É importante dizer que, em Portugal, a arbitragem, a mediação e a conciliação sempre desempenharam um papel importante na resolução de disputas privadas. Além disso, sempre existiu um forte recurso à arbitragem no domínio dos contratos públicos, especialmente no que diz respeito a obras públicas (mormente nas empreitadas e concessões de obras e também concessão de serviços). Em bom rigor, no domínio das PPP, a arbitragem não só foi sendo estabelecida como mecanismo obrigatório ou necessário, como também foi sendo desenhada como instrumento de resolução único de conflitos (visto que das decisões arbitrais não se foi permitindo o recurso para os tribunais do Estado).

E, de facto, a mediação, a conciliação e a arbitragem, geralmente referidas como ADR ou mecanismos de resolução alternativa de litígios, começaram agora a alcançar um crescimento exponencial na área dos litígios jurídico-administrativos, sendo hoje possível afirmar que a questão da invalidade de atos administrativos pode ser apreciada pelo juiz arbitral ou ser objeto de acordo, diretamente ou por intermédio de mediador ou de conciliador, sempre que, no primeiro caso, a lei o não proibir e a natureza das relações a estabelecer seja compatível com o acordo; ou quando a causa couber no âmbito da livre disponibilidade das partes, designadamente se nos estivermos a referir à possibilidade de acordo com a ajuda de terceiro, acolhida no artigo 87.º-C do CPTA, e quando a lei o permitir, nos demais casos (como é exemplo o n.º 1 do artigo 476.º do CCP).

E isto é evidenciado pelo sucessivo reforço do quadro normativo que contempla os ADR, como já apontámos, estando essa extensão legal legitimada no n.º 4 do artigo 202.º do Texto Constitucional, ao permitir ao legislador ordinário criar formas e meios não jurisdicionais de resolução de conflitos. A LdeM, ainda que pensada sobretudo para a mediação civil e comercial, não deixa de contemplar a mediação administrativa, existindo o acolhimento expresso da mediação intraprocessual, no âmbito do processo administrativo (artigo 87.º-C do CPTA.)

Além disso, é importante notar que a Constituição Portuguesa consagra os tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais (no artigo 209.º, n.º 2), e, portanto, a resolução de litígios por arbitragem é, em quase tudo, muito semelhante à que se alcança pela jurisdição do Estado: o árbitro atua como um juiz, a decisão corresponde a uma sentença e é um título executivo, que pode ser executado nos tribunais do Estado.

1.2. Problemas e desafios da Arbitragem administrativa

É importante lembrar, mais uma vez, que a arbitragem tem ganho renovados ímpetus no domínio das controvérsias jurídico-administrativas: o CPTA, em 2015, alargou a arbitragem ao controlo da validade dos atos administrativos; foram criados centros de arbitragem, tal como o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) e tantos outros que foram sendo autorizados a funcionar pelo Ministério da Justiça, e a arbitragem institucionalizada passou a ser muito frequente quanto a certos litígios em matéria fiscal, parecendo ser também a desejada e “sugerida com reforço”, agora, desde 2017, pelo legislador dos contratos públicos para os diferendos relativos à contratação pública, tanto no que respeita aos conflitos que emergem da formação dos contratos como dos que são emergentes do próprio contrato público. Assim se lê o n.º 3 e o n.º 4 do artigo 476.º do CCP.

Os Centros de Arbitragem são entidades competentes para resolver alguns tipos de conflitos, de acordo com a sua competência, através da mediação, da conciliação e da arbitragem. Numa primeira fase, os Centros de Arbitragem recebem as partes em conflito e prestam informação jurídica sobre as matérias da competência do Centro, informam as partes quanto aos seus direitos e deveres e apresentam às mesmas os meios extrajudiciais de resolução de conflitos disponibilizados: mediação, conciliação e arbitragem.

Estes Centros só funcionam se devidamente autorizados¹¹⁹, apresentando vantagens em relação à arbitragem *ad hoc* e aos tribunais do Estado, de entre as quais se elencam as seguintes: *i)* a especialidade, uma vez que os conflitos são resolvidos de forma mais especializada, atento o perfil do árbitro; *ii)* a simplicidade, que se manifesta, entre outros aspetos, no processo, que é desburocratizado; *iii)* a rapidez, visto que o prazo legal de duração

¹¹⁹ Quanto aos Centros de Arbitragem existentes, vd. <https://dgpj.justica.gov.pt/> e <https://www.base.gov.pt/Base4/pt/documentacao/centros-de-arbitragem-institucionalizados/>.

dos processos não deve exceder os 12 meses, embora possa ser superior se as partes assim o convencionarem; *iv*) a segurança, dado que se aplica o regulamento do Centro, o qual inclui regras quanto à constituição do tribunal e deveres deontológicos, cujo cumprimento é normalmente fiscalizado por órgão competente; *v*) a eficácia, já que a decisão tem o mesmo valor que uma sentença de um tribunal judicial e vale como título executivo, para cuja execução são competentes os tribunais do Estado; finalmente, *vi*) o custo reduzido, o que pode também resultar de o recurso aos Centros de Arbitragem ser apoiado pelo Ministério da Justiça, podendo inclusive ser gratuito ou ter custos reduzidos, ou ser possível requerer o apoio judiciário.

Lembramos que, segundo o relatório do Tribunal de Contas, as crescentes dúvidas em matéria de PPP relativas à saúde são resolvidas através de mecanismos de resolução alternativa de litígios, sendo certo que os litígios entre as entidades gestoras e o Estado, que são resolvidos por mediação, negociação e arbitragem, envolvem valores significativos. Aqui, os valores em causa nesta década estão perto dos 61 M€, sendo que o Estado viu ser-lhe reconhecido o direito a 22,7 M€, as entidades gestoras a 15,7 M€, estando por resolver questões equivalentes aos restantes 22,3 M€¹²⁰.

¹²⁰ Neste relatório (Relatório n.º 5/2021), ironicamente o Tribunal de Contas faz um elogio às PPP da saúde, propondo a sua continuidade, precisamente um elogio fúnebre, uma vez que surge numa altura em que as mesmas estão a ser extintas em Portugal. Na verdade, ao fazer o balanço positivo de mais de 10 anos de gestão privada de hospitais públicos, o Tribunal de Contas, no seu relatório de 2021, concluiu que esses hospitais foram melhores do que os que integram o Serviço Nacional de Saúde (= SNS), em todas as dimensões em apreço. Precisamente, a ironia prende-se com o facto de este relatório surgir numa altura em que a sobrevivência destas parcerias não está de modo algum assegurada. Antes pelo contrário, as PPP na saúde estão praticamente extintas. Braga já terminou há mais de três anos, em 1 de setembro de 2019; Vila Franca de Xira acabou em 2021, tendo o Governo determinado nos dois casos a internalização e a reversão da gestão para a esfera pública, por motivos de superior interesse público. Em relação ao Hospital de Cascais e Loures, o Governo, no dia 3 de março de 2020, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 10/2020, assumiu a manutenção do modelo de PPP dual, tendo sido lançada, em 5 maio de 2020, a parceria público-privada para a gestão e prestação de cuidados de saúde, dando-se início à preparação de uma PPP para a respetiva gestão clínica, no caso do Hospital de Loures. Segundo a Unidade Técnica de Acompanhamento das Parcerias (UTAP), no segundo trimestre de 2020 estavam em execução, em Portugal, 38 PPP — 21 no setor rodoviário, 8 no setor da saúde, 4 no setor portuário, 3 no setor ferroviário e 2 no setor aeroportuário. É igualmente matéria recheada de complexidade técnica, que envolve riscos, se pensarmos nos contratos de gestão clínica, e muita imprecisão, uma vez que se trata de contratos duradouros, sobretudo os de gestão de edifício, que pressupõe a conceção, construção, financiamento, gestão e manutenção do edifício hospitalar e dos equipamentos não clínicos. É assunto sujeito a experimentalismo, a uma multiplicidade de regras jurídicas, portuguesas e europeias, regras gerais e especiais,

A lei processual administrativa estipula que a arbitragem pode ser aplicada aos diferendos emergentes de contratos públicos, de responsabilidade civil extracontratual pelo exercício da função administrativa, de atos administrativos inválidos, salvo determinação em contrário, e da relação jurídica de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando os litígios não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional, nos termos das alíneas *a)*, *b)*, *c)* e *d)* do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA.

O Estatuto da Carreira Docente Universitária prevê essa possibilidade no artigo 84.º-A, consagrando com regime especial a possibilidade de resolução de litígios emergentes de relações reguladas no Estatuto através da arbitragem¹²¹.

e a cálculos de números ou euros. Este tema ainda envolve muita falta de transparência e de divulgação objetiva e credível de resultados, sobre o qual os estudos técnicos independentes e neutros são escassos e onde ainda há pouca sindicância e escrutínio judicial. Lembre-se que a formação das PPP e a respetiva execução geram muitos litígios entre entes públicos e operadores económicos e entre contraentes públicos e parceiros privados e a forma de resolução dos mesmos é através de mediação, negociação e arbitragem. Como se apontou, hoje estão pendentes em processos de mediação, negociação e arbitragem litígios correspondentes a 22 Milhões de Euros e sobre a forma como serão resolvidos pouco ou nada se virá eventualmente a saber, no futuro. Ora, a publicitação destes acordos e das sentenças dos tribunais arbitrais é absolutamente importante para credibilizar este tipo de contratação pública e para promover a transparência e permitir o escrutínio democrático dos projetos. Por isso se louva a vinda a público, em abril de 2021, do relatório síntese do Tribunal de Contas Português resultante de quatro auditorias que realizou à execução daquelas PPP entre 2014 e 2019.

¹²¹ Verifique-se o artigo 84.º-A (Resolução alternativa de litígios)

“1 — Sem prejuízo da possibilidade de recurso a outros mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, pode ser constituído tribunal arbitral para julgamento de quaisquer litígios emergentes de relações reguladas pelo presente Estatuto, inclusive as relativas à formação dos contratos quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional.

2 — Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que existam contra-interessados, salvo se estes aceitarem o compromisso arbitral.

3 — A outorga do compromisso arbitral por parte das instituições de ensino superior compete ao órgão máximo da instituição de ensino superior, nos termos fixados nos respectivos estatutos.

4 — As instituições de ensino superior podem, ainda, vincular-se genericamente a centros de arbitragem voluntária institucionalizada com competência para dirimir os conflitos referidos no n.º 1, por meio de previsão no regulamento a aprovar por cada instituição de ensino superior, o qual estabelece o tipo e o valor máximo dos litígios, conferindo aos interessados o poder de se dirigirem a esses centros para a resolução de tais litígios.

5 — Sem prejuízo do disposto na lei e nos números anteriores em matéria de arbitragem, são admitidos outros mecanismos de resolução alternativa de litígios emergentes das relações jurídicas reguladas pelo presente Estatuto, designadamente através da mediação e da consulta.

Os litígios emergentes de procedimentos ou contratos a que se aplique o CCP podem ser submetidos à arbitragem ou a outros mecanismos de resolução alternativa de litígios, tal como dispõe o n.º 1 do seu artigo 476.º. Em particular, no que concerne à arbitragem relativa a contratos, o legislador prevê a possibilidade de o recurso a Centros de Arbitragem ser a solução preferencial, nos termos do n.º 2 do artigo 476.º (e, numa leitura *a contrario*, nos termos do n.º 3 e do n.º 4 do mesmo preceito).

Assim, por outras palavras, a solução acolhida no n.º 3 e no n.º 4 do artigo 476.º do CCP parece revelar uma preferência do legislador pela arbitragem através de Centros (impondo à entidade pública um dever acrescido e exaustivo de fundamentação da sua escolha quando esta for a arbitragem *ad hoc*). E, por conseguinte, a submeter o conflito a arbitragem, a entidade adjudicante só poderá optar pela arbitragem *ad hoc* se invocar uma destas razões: *i*) a “elevada complexidade das questões jurídicas ou técnicas”; *ii*) o elevado valor económico das questões a resolver; *iii*) a inexistência de centro de arbitragem competente na matéria; *iv*) a desconformidade do regime processual previsto no regulamento do centro com a urgência imposta no CPTA; *v*) a possibilidade de resolução mais célere; e *vi*) menor custo para as entidades públicas. Em todo o caso, quando assim decidir, a entidade adjudicante deve realizar um estudo prévio justificador da preferência por esta modalidade em detrimento da institucionalizada, ou seja, que ateste um benefício financeiro no que concerne a custos de arbitragem dos dois tipos possíveis, apontando a norma, em suma, no sentido de que só será possível a arbitragem *ad hoc* quando a mesma for justificada pela entidade adjudicante, devendo esta elaborar uma avaliação de impacto dos custos que tal opção importa, designadamente quanto aos honorários de árbitros e advogados, taxas e outras despesas.

Assim, o n.º 1 do artigo 476.º do CCP dá preferência a ADR, sem margem para dúvidas: “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”.

Como se percebe, os métodos de ADR são, neste domínio, aplicáveis “nos termos da lei”. Ora, isso leva-nos a mapear as diferentes possibilidades: *i*) a do artigo 180.º do CPTA, que se refere à arbitragem; *ii*) as do CPA e do CCP, que apontam para a possibilidade de transação através da celebração de acordos ou contratos, sempre que tal não seja proibido por lei e/ou

6 — Pode, designadamente, ser requerida pelas partes, no âmbito da consulta, a emissão de parecer por uma comissão paritária constituída por dois representantes da instituição de ensino superior e por dois representantes da associação sindical em que o docente esteja inscrito.”.

a natureza das relações a estabelecer não se compadeçam com a transação; *iii*) a do artigo 87.º-C do CPTA, a propósito da mediação e da conciliação dentro do processo judicial; *iv*) a Lei de Mediação, quando chamada sobretudo para a área da mediação civil e comercial (Lei n.º 29/2013, de 19 de abril).

Vejam, no que respeita à arbitragem, o que se impõe considerar que seja “nos termos da lei”, convocando o artigo 180.º do CPTA: a arbitragem é aplicável a questões de validade e execução de contratos, assim se entendendo a alínea *a*) do n.º 1, 1.ª parte, deste artigo; e a questões de validade relativas a atos administrativos atinentes ao domínio contratual, assim também sendo nos termos da alínea *a*), n.º 1, *in fine*, do mesmo artigo.

Em particular, nos conflitos relativos à formação de contratos e, designadamente, nos que dizem respeito aos contratos abrangidos pelas Diretivas Recursos dispõe o n.º 3 do mesmo artigo que deve seguir-se o que dispõe o CCP [que impõe regime pormenorizado com vista à atribuição de competência aos Centros de Arbitragem, nos termos da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 476.º], devendo igualmente seguir-se o CPTA, do ponto de vista da tramitação urgente. E ainda se prevê o recurso urgente sem efeito devolutivo da decisão arbitral nas causas com valor igual ou inferior a 500 000 € [nos termos da alínea *b*) do n.º 3 do artigo 180.º do CPTA e do n.º 5 do artigo 476.º do CCP].

Assim, como se verá, quanto ao regime a seguir na arbitragem *ad hoc*, é a Lei da Arbitragem Voluntária (LAV, Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro), sendo que, já nos casos de arbitragem institucionalizada, e que será a regra em matéria de contratos públicos, devem ser seguidas as normas do Centro de Arbitragem escolhido pela entidade adjudicante.

Em matéria de contratos, como se percebe, a alínea *a*) do n.º 2 do artigo 476.º do CCP prevê a arbitragem institucionalizada por decisão da entidade adjudicante, no que respeita a conflitos relativos à formação do contrato, impondo-se esta vontade aos interessados. Assim, a submissão do conflito relativo à formação dos contratos à arbitragem institucionalizada depende apenas da vontade da entidade pública adjudicante (regra que deve constar do programa do procedimento e que é inevitavelmente imposta na esfera jurídica dos interessados, candidatos e concorrentes, em participar no procedimento, depois de terem tomado a decisão de contratar. Estes devem juntar declaração de aceitação de sujeição dos litígios ao Centro de Arbitragem escolhido pela entidade adjudicante.

A alínea *b*) do mesmo número prevê igualmente a arbitragem institucionalizada por decisão da entidade adjudicante para os conflitos relativos a contratos, impondo-se a sua vontade ao cocontratante, por previsão no caderno de encargos e a seguir nos termos do contrato.

Como se pode dizer em apontamento conclusivo, quer num caso quer no outro, a entidade administrativa, ao escolher a arbitragem, pode impô-la aos operadores económicos, sendo certo que também lhes impõe: *i*) a arbitragem institucionalizada (*ex vi* do n.º 2 e *a contrario* do n.º 3 do CCP); *ii*) o centro de arbitragem; *iii*) as normas quanto à constituição do tribunal e regime processual a aplicar; e, *iv*) indiretamente, os árbitros.

Ainda em jeito de apontamento conclusivo: quanto ao contencioso dos atos relativos à formação de contratos públicos, prevê-se a arbitragem institucionalizada nos termos do referido n.º 2 do artigo 476.º do CCP *ex vi* do n.º 3 do artigo 180.º do CPTA, devendo respeitar-se o regime de urgência previsto para o tipo de litígios abrangidos pelo artigo 100.º do CPTA; as peças do procedimento devem prever a constituição do tribunal arbitral e o regime processual a aplicar, impondo-se também que tenha havido aceitação total de submissão daqueles litígios a um Centro de Arbitragem, *ex vi* das alíneas *a*) e *b*) do n.º 2 do artigo 476.º. Mais, o legislador procura assegurar o cumprimento da Diretiva Recursos na arbitragem relativa a atos do processo de adjudicação.

Finalmente, no domínio dos contratos públicos, continua a prever-se o recurso à arbitragem, mas há novidades a assinalar: *i*) a arbitragem pode ser escolhida pela entidade adjudicante; *ii*) se for escolhida a modalidade de arbitragem enquanto mecanismo de resolução de conflitos, esta será, por regra, realizada por Centro de Arbitragem; *iii*) sendo este Centro escolhido pela entidade adjudicante, para os litígios relativos à formação dos contratos, a entidade adjudicante está a impô-la aos interessados, devendo estes aceitá-la, sob pena de não poderem ir a jogo; *iv*) sendo escolhida para resolver litígios relativos ao contrato, deve o contraente aceitar a cláusula contratual já prevista no caderno de encargos, sob pena de a entidade adjudicante não celebrar contrato.

Como se pode perceber, após a alteração introduzida ao Código dos Contratos Públicos, em 2017, em Portugal, passou a existir um regime especial (no artigo 476.º) que estabelece uma solução que dá preferência à arbitragem através de Centros de Arbitragem (impondo à entidade pública um dever acrescido e exaustivo de fundamentação da escolha da arbitragem *ad hoc*, nos n.ºs 3 e 4 do referido artigo).

Prevê igualmente que a submissão do litígio à arbitragem depende apenas da vontade da entidade pública adjudicante (regra que é inevitavelmente imposta na esfera jurídica dos operadores económicos, candidatos e concorrentes, no caso do contencioso de formação do contrato, e do cocontratante, no que respeita a todo o contencioso contratual, depois de ter tomada a decisão de contratar — artigo 476.º, n.º 2 —, afastando a clássica forma convencional de submissão de um litígio à arbitragem e apresentando uma clara novidade de convenção arbitral de adesão).

E, finalmente, prevê uma regra muito especial, que difere da regra geral, no que diz respeito ao regime de recurso das sentenças arbitrais. Assim, ao permitir o recurso de ações superiores a 500 000,00 €, esta nova regra em matéria de arbitragem em contratos públicos representa uma inversão do princípio jurídico de não recurso, ou de não recurso a menos que as partes nele concordem, sendo certo que não é claro como deve entender-se a harmonização entre o n.º 5 do artigo 476.º do CCP, que remete para a “lei”, a alínea *b*) do n.º 3 do art. 180.º do CPTA, que remete para o n.º 5 do artigo 476.º, determinando que “[e]m litígios de valor igual ou inferior ao previsto n.º 5 do artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos, da decisão arbitral cabe recurso urgente para o tribunal administrativo competente, com efeito meramente devolutivo, se essa possibilidade tiver sido salvaguardada pela entidade adjudicante nas peças do procedimento, ou declarada por algum dos concorrentes ou candidatos nas respetivas propostas de candidaturas”, e o artigo 185.º-A do CPTA, que convoca a regra do n.º 4 do artigo 39.º da LAV e que afasta, em princípio, a possibilidade de recurso jurisdicional, a menos que as partes digam expressamente o contrário.

Interrogamo-nos sobre o sentido da norma e se estamos perante a arbitragem institucionalizada imposta, num primeiro momento, e se estamos perante uma diferente modalidade de submissão de litígio à arbitragem, lembrando uma convenção arbitral de adesão. Lembrar que não estamos aqui perante soluções inéditas, dado que esta figura foi sendo prevista, durante anos, nos domínios das PPP.

É certo que há quem entenda que a norma do CCP tantas vezes aqui mencionada está em rota de colisão com outras normas do mesmo Código e princípios, mormente os da concorrência e igualdade, condicionando ou restringindo o princípio da livre iniciativa e o direito de igualdade no acesso à contratação Pública, restringindo o direito e a liberdade de contratar nos mercados europeu e nacional.

Sendo certo também que a declaração unilateral de aceitação pelos operadores económicos (que deve seguir o modelo previsto no anexo XII do CCP) é algo bem diverso de um acordo

ou convenção arbitral. E, por conseguinte, correspondendo a uma mera promessa, interrogamo-nos se dispensa o acordo posterior entre o candidato impugnante de atos relativos à formação do contrato e os contrainteressados e a entidade adjudicante, nos termos do n.º 2 do artigo 180.º do CPTA; e entre contraente público e cocontratante, através de cláusula contratual, no que concerne a litígios contratuais.

Sem prejuízo de outras considerações que nos poderiam levar a questionar a força vinculadora do artigo 476.º do CCP, a verdade, porém, é que, em nosso entender, este preceito traz consigo algumas boas soluções para o contencioso dos contratos e a aplicação de ADR neste domínio de litígios. Fica assim ultrapassado, neste contexto da contratação pública, *ex vi* art. 476.º, o conjunto de fragilidades gerais de ADR em matéria administrativa, como sejam a ausência de um quadro normativo geral, que seja uniforme, suficiente e coerente, bastando pensar no tema da recorribilidade das sentenças dos tribunais arbitrais para os tribunais do Estado, previsto no n.º 4 do artigo 39.º da LAV, no artigo 185.º-A do CPTA e no n.º 5 do artigo 476.º do CCP.

É certo que perduram outras angústias interpretativas, como sejam *i*) o que pode ser mediável e arbitrável; *ii*) quem pode ser árbitro e mediador jurídico-públicos e que deveres deontológicos e impedimentos devem configurar-se; *iii*) como se processa a harmonização de princípios, designadamente como conciliar o princípio da confidencialidade com os deveres de publicidade e transparência administrativas, ou como conciliar o princípio da igualdade de partes com outras dimensões típicas da lide administrativa, onde figuram o Ministério Público e os contrainteressados; e *iv*) como conciliar voluntariedade com obrigatoriedade de arbitragem por vontade da entidade adjudicante. Voltaremos a este assunto adiante, quando nos referirmos à obrigatoriedade da publicação das sentenças dos tribunais arbitrais, prevista no artigo 185.º-B do CPTA, e na Portaria n.º 165/2020, de 7 de julho, que cria a plataforma eletrónica que serve de base à apresentação e publicação destas decisões arbitrais (quer determinando os termos do procedimento com vista ao depósito e publicação da sentença, quer dispondo expressamente sobre o conteúdo da sentença a ser publicada).

1.3. Problemas e desafios da Mediação administrativa

No que respeita à LdeM, esta estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como o regime jurídico de mediação civil e comercial, o regime jurídico

dos mediadores e o regime dos sistemas públicos de mediação. Descreve a mediação como a forma de resolução alternativa de litígios realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos. E descreve o mediador como “um terceiro imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio” [artigo 2.º, alínea b)].

Pois bem, suscita-se, contudo, um conjunto de dúvidas precisas quando trazemos o tópico para o domínio dos litígios jurídico-administrativos, a começar pela questão de como densificar o âmbito de aplicação da mediação judicial ou intraprocessual ou *court annexed*, para que exista suspensão da instância e remessa do processo para a mediação (nos termos do artigo 87.º-C do CPTA), o mesmo se aplicando à conciliação. E, assim, interrogamo-nos como aplicar a norma que a contempla: “Quando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes, pode ter lugar, em qualquer estado do processo, tentativa de conciliação ou mediação, desde que as partes conjuntamente a requeiram ou o juiz a considere oportuna” (n.º 1 do artigo 87.º-C). Esta é uma dúvida que nos remete para os temas da “mediabilidade do conflito” e da “conciliabilidade” na densificação do critério da “livre disponibilidade pelas partes do objeto da causa”.

Atente-se agora no regime previsto no CPTA sobre a conciliação intraprocessual: quando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes pode existir conciliação, sendo certo que “[a] tentativa de conciliação é presidida pelo juiz, devendo este empenhar-se ativamente na obtenção da solução mais adequada aos termos do litígio” (n.º 3 do artigo 87.º-C). A conciliação pode ocorrer também na audiência prévia, nos termos do artigo 87.º-A, n.º 1, alínea a), e na audiência final, nos termos do artigo 91.º, n.º 3.

Interrogamo-nos se fará sentido pensar separadamente os métodos de concretização destas ferramentas de resolução de litígios jurídico-administrativos e os critérios de *mediabilidade* e de *conciliabilidade administrativas*.

Lembramos que, na lide atinente à ação administrativa, podem estar as seguintes pretensões em juízo, *ex vi* do artigo 37.º do CPTA: reconhecimento de situações jurídicas subjetivas; condenação à adoção de condutas necessárias ao restabelecimento de direitos ou interesses; condenação à adoção ou abstenção de comportamentos; condenação ao cumprimento de deveres de prestar, incluindo pagamento de quantia, entrega de coisa ou prestação de facto; condenação à reparação de danos, no contexto da responsabilidade civil; interpretação, validade e execução de contratos; restituição de enriquecimento sem causa; relativas a atos e

normas. Quanto à conciliação, uma vez que o terceiro é o juiz administrativo conciliador, o problema está em parte resolvido. Quanto à mediação, dispõe o n.º 5 do artigo 87.º-C do CPTA, que esta se processa “nos termos previstos na lei processual civil e no regime jurídico da mediação civil e comercial, com as necessárias adaptações”, não sendo claro como harmonizar os regimes da LdeM e do CPC, advogando-se, em todo o caso, a intervenção de controlo do procedimento de mediação pelo juiz administrativo, a jusante, no momento da homologação (ou não) do acordo. A mediação pode ser requerida pelas partes ou proposta pelo juiz em qualquer estado do processo.

E, por outro lado, quanto à mediação voluntária, fora do processo administrativo, questionamo-nos como pode a mediação ser promovida. Convocar a LdeM (Lei n.º 29/2013, de 19 de abril) e os princípios que nela estão previstos para toda a mediação realizada no território português é uma resposta positiva. Contudo, a incerteza também existe em relação à norma competencial, que permita a uma entidade pública submeter certo litígio à mediação, afastando-o do contencioso dos tribunais administrativos, uma vez que, salvo para os litígios em matéria civil e comercial, as entidades públicas dependem de autorização competencial semelhante à que existe para a arbitragem, nos termos do artigo 180.º do CPTA, que é genérica, ou outras específicas, como sejam normas que legitimem as entidades administrativas a negociar ou a submeter o litígio a mediação, como acontece em matéria de contratação pública, no n.º 1 do artigo 476.º do CCP¹²².

¹²² Sobre o tema, *vd.* o nosso “Mediação administrativa e polícia municipal: ensemble (de Portugal)”, em coautoria com CLÁUDIA FIGUEIRAS, in *Convivencia Ciudadana: Mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano*, Paz Lloria García (coord.), Iustel, 2018.

O tema é muito oportuno e no plano do Direito comparado não tem suscitado tantas reservas, como entre nós, nem na Espanha¹²³, nem na França, por exemplo¹²⁴.

Ora, o CPA prevê a celebração de acordos endoprocedimentais a partir dos quais pode a entidade administrativa determinar a fixação do conteúdo discricionário do ato a praticar (nos termos do artigo 57.º, n.º 3) e acolhe a possibilidade de o procedimento administrativo terminar com a celebração de um contrato, e não com a prática de um ato administrativo, sempre que a lei não o proibir ou a natureza das relações a estabelecer não o justifiquem (artigo 127.º). Ademais, o CPA e o CCP permitem às entidades públicas que, para a prossecução dos seus fins, celebrem contratos (administrativos), salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer (artigos 200.º, n.º 3, do CPA e 278.º do CCP), o que nos remete para o tema da natureza das relações e aferir nelas a existência de direitos

¹²³ Fomos desafiadas pelos Colegas da Faculdade de Direito da Universidade de Valência a refletir sobre as possibilidades de mediação pelo Serviço Público de Polícia Municipal em Portugal, tendo as perguntas concretas sido estas: Poderão os serviços públicos municipais portugueses fazer mediação de conflitos, hoje, à luz do quadro normativo existente? Podem, nas controvérsias de vizinhança, atuar como terceiros, propondo ativamente a celebração de acordos para a respetiva resolução? Pois bem, a resposta começou a ser equacionada à luz dos princípios da descentralização e da subsidiariedade, previstos na CRP, sendo certo que, depois, invocamos tanto a Constituição como a lei para identificar as atribuições locais nos domínios de polícia para proceder à cooperação na manutenção da segurança e tranquilidade locais, manifestando-se estas atribuições em competências ambientais, de controlo de ruídos e de promoção da convivência nas relações de vizinhança na comunidade local. É certo que se impõe aqui proceder à distinção entre decisões administrativas de autoridade (mormente sancionatórias) e a atuação material dos serviços e dos agentes. Não querendo confundir mediação comunitária com a mediação *tout court*, impõe-se apurar se existirá abertura para esta última se, sem prejuízo do Regime Geral das Contraordenações e da lei geral sobre contraordenações ambientais, há norma competencial para permitir à autoridade administrativa de polícia municipal realizar a mediação nestes assuntos. Por exemplo, em Espanha, a polícia local tem as seguintes competências: “vigilancia y control del tráfico; vigilancia y control de las infracciones administrativas distintas al tráfico; (...) recoger reclamaciones, quejas y/o sugerencias de vecinos, comerciantes y/o responsables de centros oficiales o representantes de colectivos del barrio; servicio Mediación Policial; canalizar los conflictos vecinales (Ruidos, uso del espacio público como parques y plazas, molestias por obras, salubridad, problemas de convivencia y civismo...); intervención temprana para buscar solución conjunta con la ciudadanía y derivación si procede; seguimiento de los conflictos vecinales y de los acuerdos del proceso de mediación”. Sobre o tema, *vd.* o nosso “Mediação administrativa e polícia municipal: ensemble (de Portugal)”, em coautoria com CLÁUDIA FIGUEIRAS, *cit.*

¹²⁴ Sobre o tema, *vd.*, designadamente, DAVID RENDERS/THOMAS BOMBOIS, “La médiation en droit public”, in *La médiation: voie d’avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes?*, actes du colloque du 29 mai 2008, Pierre-Paul Renson (coord.), Centre de médiation du barreau de Charleroi, Colloque, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 141-256.

absolutamente indisponíveis: aqueles em que se impede em todos os casos e circunstâncias a constituição ou disposição por vontade das partes. Trata-se de direitos que não podem deixar de ser exercidos, sendo certo que, não sendo pelos próprios exercidos, cabe aos entes públicos efetivá-los, de acordo com a legalidade e o interesse público.

Este assunto leva-nos à equação de casos em que a negociação possa não ser possível¹²⁵: domínio das sanções administrativas, lembrando ainda assim que o Regime Geral das Contraordenações (= RGCO, Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, com alterações posteriores) dá alguma abertura à negociação em momentos de admoestação, atenuação e substituição de coima ou “multa” em substituição da prestação de serviço à comunidade, por exemplo. No domínio disciplinar, no quadro das relações especiais de poder e na relação de trabalho em funções públicas, pode existir a possibilidade de acordo quanto ao *iter* do procedimento e no doseamento das sanções de tipo conservatório (sendo certo que assim se deve entender apenas nos espaços de discricionariedade do empregador público e já não quanto à questão de aplicação de sanção).

Na verdade, há previsões legais diversas que permitem expressamente a mediação administrativa. Por exemplo, a Lei-quadro das entidades administrativas independentes (designadas de entidades reguladoras) (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto) atribui competências às mesmas para promover a resolução alternativa de litígios através de mediação ou conciliação. As diversas entidades independentes preveem regulamentos próprios para efetivar estes mecanismos¹²⁶.

É também possível a mediação para resolver conflitos relativos ao emprego público, nos termos da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, bem como, em particular, no

¹²⁵ Para uma reflexão pertinente, MARGHERITA RAMAJOLI, “Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche”, *Giustizia Consensuale*, rivista semestrale, diretta da Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli, vol. 1, n.º 1, 2021, pp. 123 e ss.

¹²⁶ A entidade reguladora da saúde (ERS), pertencente à Administração Independente do Estado, com funções de regulação e supervisão, dispõe de um sistema de mediação para a resolução de conflitos no SNS, designadamente conflitos entre estabelecimentos do SNS, entre estes e prestadores públicos e privados, entre prestadores de cuidados de saúde e utentes, podendo ainda intervir para resolução de litígios no domínio de parcerias público-privadas e de outras relações contratuais no setor da saúde. O princípio da voluntariedade norteia todo o procedimento de mediação que ocorra neste domínio, só podendo a ERS intervir para efeitos de resolução de litígios com o consentimento das partes. A mediação será conduzida por um mediador, nomeado pelo Conselho de Administração, no quadro técnico da ERS. Todo o procedimento de mediação se encontra previsto no regulamento de mediação da ERS.

contexto dos litígios relativos aos vínculos na carreira docente universitária. E fica a possibilidade da eventual criação de sistemas públicos de mediação a par dos existentes (familiar, laboral, penal e julgados de paz).

Outros tantos exemplos poderiam aqui ser deixados, a começar pelo Regulamento de Mediação e de Conciliação no âmbito da resolução extrajudicial de conflitos em matéria de transporte, Regulamento n.º 565/2018, de 21 de agosto, a continuar pelos regimes que atribuem poderes de mediação tanto à Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género como à Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos.

1.3.1 Oportunidades da Mediação

Antes de avançarmos talvez seja oportuno equacionar as oportunidades da Mediação e aspetos da operacionalização do método de composição de conflitos emergentes de relações jurídicas administrativas através da mediação.

Configure-se o seguinte exemplo a trabalhar em TBL:

Imaginemos que X apresentou uma ação administrativa contra o Hospital, E.P.E., no qual exercia funções, pretendendo a anulação da deliberação do Conselho de Administração do Hospital que havia nomeado Y como Diretora do Serviço de Otorrinolaringologia.

Tendo invocado que o mesmo é ilegal — porquanto “a lei obriga a que a decisão de nomeação de um assistente graduado, havendo um chefe de serviço, que assim é afastado, seja fundamentada com os motivos da não escolha deste” —, solicita a sua anulação e, conseqüentemente, a sua nomeação para o cargo em causa.

Assim, e não se tendo verificado a exigida fundamentação, a ação foi julgada parcialmente procedente, tendo o tribunal administrativo anulado a deliberação em causa, mas absolvendo o Hospital nos demais pedidos.

Imaginemos também que o Hospital “diz que nada mais pode fazer, uma vez que é impossível voltar para trás no tempo”, tendo X proposto uma ação de execução de sentença. E ainda que nela o tribunal veio concordar com o Hospital, E.P.E., julgando “procedente a invocada existência de causa legítima de inexecução, determinando a notificação das partes

para, no prazo de 20 (vinte dias), querendo, acordarem no montante da indemnização devida pelo facto da inexecução”.

Não se conformando com a decisão, veio X, em 3 de março de 2020, interpor recurso, indicando o seguinte: “Deve ser proferido Acórdão a revogar a Sentença recorrida, determinando-se a baixa dos autos ao Tribunal *a quo*”, devendo-se optar, preferencialmente pela repetição ou renovação do ato, e, sempre que possível, optar-se pela reconstituição *in natura*”.

Tendo em conta que o lapso temporal decorrido desde a deliberação até à decisão de anulação da mesma, e o facto de a recorrente já se encontrar aposentada, o tribunal superior refere que “não existem dúvidas que estamos perante uma causa legítima de inexecução“, “(...) não sendo possível dar execução ao acórdão exequendo, ocorrendo causa legítima de inexecução, por impossibilidade fáctico-jurídica, porque ocorreu, entretanto, a aposentação do Exequente. Existe, assim, uma outra causa legítima de inexecução, consistente na impossibilidade absoluta de executar, face à situação de reforma do Exequente”.

Neste contexto, X, não conseguindo estabelecer diálogo com a entidade administrativa executada, e receando que o contencioso prolongue mais o estado de insatisfação generalizado nos serviços e acentue as respetivas mágoas e feridas abertas no litígio com a entidade empregadora, vem requer ao juiz que, ao abrigo do art. 87.º-C do CPTA, seja remetida a questão do *quantum* de indemnização para a intermediação de um terceiro, mediador ou conciliador, com vista a alcançar o acordo quanto ao valor justo de indemnização. Assim, em jeito de caso prático, convidamos os alunos a:

1. identificar o tipo de mecanismo de resolução de conflitos que é aqui invocado por X;
2. pronunciar-se sobre a possibilidade de submissão deste conflito à mediação e justificar a sua decisão, não deixando de considerar os princípios fundamentais emergentes do direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva;
3. referir-se ao quadro normativo que deve pautar a tramitação deste processo com vista à celebração do acordo, com a intervenção do terceiro;
4. pronunciar-se igualmente sobre a vantagem da existência de centros institucionalizados de mediação ou conciliação em matéria administrativa, para a resolução de conflitos atinentes a questões de emprego público e contratação pública.

1.3.3. Mediação administrativa intraprocessual e a execução de sentenças administrativas: um caso sério

A possibilidade de aplicação do instituto da mediação previsto no art. 87.º-C do CPTA ao contencioso da execução de sentenças administrativas. Imagine-se a hipótese seguinte que deve ser trabalhada em TB:

i) A vida na Universidade

A Universidade Pública do Baixo Minho, por edital n.º 166/2006, publicado no *Diário da República*, de 30/3/2006, abriu concurso documental para provimento de três postos de trabalho para a categoria de Professor Associado para o Grupo Disciplinar de Pedagogia do Instituto de Educação e Psicologia.

Ao procedimento apresentaram-se quatro candidatos.

Decorrido o procedimento concursal, o Reitor da Universidade do Baixo Minho nomeou três dos candidatos para a categoria de Professor Associado do Grupo Disciplinar de Pedagogia do Instituto de Educação e Psicologia da Universidade do Baixo Minho, por despacho de 5/11/2007.

O candidato pretendido, X, impugnou a deliberação do júri, de 16/11/2007, que procedeu à graduação/ordenação dos candidatos, tendo os demais candidatos sido citados como contrainteressados.

ii) A vida nos tribunais

Na sequência de decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal (=TAF) datada de 29/4/2009, houve recurso para o TCA Norte, o qual, por acórdão de 11/3/2010, veio revogar aquela sentença e anular a deliberação do júri impugnada com fundamento em preterição de princípios relativos à abertura do concurso: falta de divulgação atempada dos métodos de seleção e do sistema de classificação final e de métodos e critérios objetivos de avaliação. Não foi admitido recurso de revista para o STA.

iii) Segue-se a vida na Universidade

Por decisão interna, procedeu-se à reorganização dos Institutos da Universidade do Baixo Minho e à fusão do Instituto de Educação e Psicologia (IEP) e do Instituto de Estudos da Criança (IEC), em substituição do Instituto da Educação.

Nesta sequência, o Conselho Científico do Instituto da Educação aprovou, por unanimidade, a abertura de um concurso para um posto de trabalho (uma vaga) para a categoria de Professor Associado, na área disciplinar de Teoria da Educação.

A Universidade do Baixo Minho deu cumprimento ao Acórdão do TCA Norte de 11/3/2010, abrindo um novo concurso, à luz do quadro circunstancial e normativo atual, considerando que seria impossível repetir de forma absolutamente igual o concurso anterior.

X apresentou-se como candidato nesse procedimento concursal, tendo ficado em segundo lugar.

iv) A vida nos tribunais

Segue-se a ação de execução movida contra a Universidade do Baixo Minho, numa altura em que os três candidatos mantinham a categoria de Professor Associado, uma vez que X entendeu que aquela sentença não havia sido plenamente cumprida.

Foi pedida a repetição do concurso, devendo ser recriada a situação de facto e de direito vigente à data da sua abertura, e foi solicitado que fossem declarados nulos os atos desconformes com tal acórdão, designadamente a nomeação definitiva dos contrainteressados como professores associados, que no tempo se foram mantendo na categoria.

A Universidade do Baixo Minho contestou no TAF e invocou causa legítima de inexecução de sentença, por ter sido alterada a estrutura do Instituto, tendo o TAF de Braga concordado com tal decisão, bem como o TCA Norte, chamado em sede de recurso.

Aliás, em 1.^a instância, julgou-se existir causa legítima de inexecução, tendo em consideração “a ponderação da multiplicidade de interesses em jogo, permitida e convocada pelo princípio da proporcionalidade, e a consideração das consequências ao nível da própria eventual reconstituição do vínculo laboral dos contrainteressados, quanto à peticionada declaração de nulidade de todos os atos desconformes, designadamente o provimento de nomeação

definitiva dos contrainteresados bem como dos atos jurídicos consequentes de carreira posteriores”.

Tendo em conta o concreto circunstancialismo, o TAF ordenou a notificação das partes para acordarem no montante da indemnização.

O TCA Norte, chamado em sede de recurso, manteve a decisão e não se pronunciou sobre esta questão. O STA, chamado em sede de recurso, considera, agora, ser aquele acórdão nulo, por omissão de pronúncia, no que à questão da nulidade de atos consequentes diz respeito. Decidiu no dia 16/2/2017, revogando o acórdão do TCA Norte e ordenando a baixa dos autos a este Tribunal, tanto mais que considera que “o TAF errou ao aplicar o n.º 3 do art. 173.º, uma vez que esta norma pressupõe que, ao contrário do que sucede no caso em análise, os beneficiários daqueles atos não tenham participado no processo onde foi decretada a anulação do ato principal, pois se tiverem sido contrainteresados nesse processo estão abrangidos pelo caso julgado formado pela decisão anulatória”.

Importa dizer que o STA, em sede de revista, delimitou a sua decisão na apreciação de duas questões:

a).

A (in)existência de causa legítima de inexecução por impossibilidade de forma absoluta de reconstituição de concurso aberto no âmbito da carreira docente universitária pública, por alterações supervenientes na Instituição, uma vez que, no decurso do processo, foi alterada a denominação e a unidade orgânica e a sua estrutura, e por mudanças normativas, visto que foi alterado o Estatuto da Carreira Docente Universitária.

b).

Se a declaração de causa legítima de inexecução abrange também a declaração de nulidade dos atos consequentes ao ato anulado e se, no caso em concreto, os contrainteresados podem beneficiar da proteção dos seus interesses legítimos. Sendo certo que, quanto a este aspeto, o STA referiu o seguinte: “quanto à nulidade dos atos consequentes, a sentença do TAF errou ao aplicar o n.º 3 do citado art. 173.º, uma vez que esta norma pressupõe que, ao contrário do que sucede no caso em análise, os beneficiários daqueles atos não tenham participado no processo onde foi decretada a anulação do ato principal (...)”, pelo que “se tiverem sido contrainteresados neste processo estão abrangidos pelo caso julgado formado pela decisão anulatória”.

Mais disse o STA: “não havendo dúvidas que o ato viciado constitui o pressuposto da nomeação dos vencedores do concurso anulado e que por efeitos desta têm de ser destruídos para que se possa reconstituir a situação hipotética atual, deve, nos termos do art. 133.º, n.º 1, alínea i), do CPA aprovado pelo DL n.º 442/91, de 15/11, então em vigor, ser declarada a sua nulidade, assim colocando o exequente e os contrainteressados numa situação de paridade, designadamente para efeitos de futuros concursos e apagando inteiramente os vestígios da ilegalidade cometida”.

Baixando os autos ao TCA Norte, haveria, de novo, que decidir.

v) E continua a vida na Universidade

O concurso para professores associados no Grupo Disciplinar de Pedagogia não pôde ser renovado, uma vez que quer o Instituto de Educação e Psicologia, no âmbito do qual foi aberto o concurso, quer o Grupo Disciplinar de Pedagogia desapareceram da estrutura organizacional da Universidade do Baixo Minho.

A criação de uma nova unidade orgânica, Instituto da Educação, obrigou a uma racionalização de recursos humanos e físicos, a criação de novas subunidades orgânicas, com novos projetos de ensino e investigação.

O concurso aberto para a área disciplinar de Teoria da Educação nada tem que ver com o quadro legal e organizacional à data da prática do ato anulado pelo Acórdão do TCA Norte de 11/3/2010.

Entretanto, a Professora Associada Y falece.

vi) A vida nos tribunais

Baixando os autos ao TCA Norte, vem este decidir, em 9/11/2018, pela inexistência de causa legítima de inexecução e declarar nulos os atos consequentes, mormente o provimento de nomeação definitiva dos contrainteressados.

Quanto às medidas de execução concretas, o TCA Norte determinou um elenco de atos e operações materiais a cumprir pela Universidade do Baixo Minho, tendo esse elenco sido

retificado em 29/3/2019, uma vez que uma das contrainteressadas não pôde mais ser considerada opositora ao concurso, dado que, tendo falecido, a instância foi extinta no que à mesma concerne, mantendo-se no essencial o seguinte:

1. Determinação do prazo de 90 dias para a prática de novos atos e operações a realizar;
2. Dever de retomar o procedimento para o mesmo grupo de opositores ao concurso;
3. Nomeação de novo júri;
4. “Fixação, por este, antes de conhecer a identidade dos candidatos e os respetivos currículos, de novos critérios e fatores de avaliação”;
5. “Aplicação de métodos e critérios objetivos de avaliação, e prática da subsequente tramitação do concurso, *n. g.*, avaliação das candidaturas já apresentadas em devido tempo, classificação e ordenação dos candidatos e homologação da lista de classificação final”;
6. “As nomeações a efetuar de acordo com a nova lista de classificação final deverão reportar os seus efeitos à data em que ocorreram aquelas que resultaram da primeira lista classificativa”.

vii) A vida na Universidade, 14 anos depois...

Nesta sequência, a Universidade do Baixo Minho abriu novo concurso, para três postos de trabalho na Categoria de Professor Associado, no qual se apresentam três candidatos, sendo X um deles.

Terminado o procedimento concursal, são nomeados os três candidatos opositores, tendo X solicitado ser provido na categoria de Professor Associado por referência à situação jurídica e de facto existente à data em que foram nomeados os opositores ao concurso aberto em 30/3/2006, tendo solicitado o reconhecimento de todas as garantias laborais e o pagamento de salários correspondentes à totalidade do tempo decorrido, desde então.

A Universidade do Baixo Minho não dispõe, no orçamento de 2020, de verbas para o efeito, tendo o Provedor das Instituições da Universidade do Baixo Minho sido convocado para proceder à mediação da controvérsia.

2. Questões em aberto em particular sobre a arbitragem.

A arbitragem administrativa tem vindo a assumir-se cada vez mais como um meio de resolução de litígios jurídico-administrativos frequente, colmatando a morosidade conhecida dos tribunais administrativos e fiscais portugueses.

Pese embora o que se afirmou, o crescente recurso a este meio alternativo de resolução de litígios também tem feito evidenciar algumas das suas fragilidades. Assim, em primeiro lugar, a legislação relativa à arbitragem administrativa encontra-se dispersa, entre a lei do contencioso administrativo (artigos 180.º a 187.º do CPTA, Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, com as alterações legais introduzidas, designadamente, pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, e pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro), o Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e sucessivas alterações) e a Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, que se aplica à arbitragem privada entre particulares), existindo ainda o regime da arbitragem desportiva aplicável ao TAD [Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro (= LTAD), alterada pela Lei n.º 33/2014, de 16 de junho], sendo certo que, nos termos n.º 1 do artigo 4.º, “[c]ompete 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”, sendo a arbitragem necessária em matéria desportiva (e como tal administrativa) imposta pela LTAD¹²⁷.

2.1. Quadro normativo ou falta dele

Este é um dos problemas de que mais se fala entre nós e que decorre da insuficiência e incongruência do quadro normativo que se aplica à arbitragem administrativa: o tribunal arbitral funciona nos termos da lei da arbitragem voluntária aplicável às partes privadas; e isto não inclui soluções adequadas para as questões de direito público e os interesses públicos que estão em jogo. Não existe uma perceção real do interesse público na aplicação de regras privadas ao processo de arbitragem, no que diz respeito à constituição do tribunal, aos princípios e regras processuais, mormente quanto à pluralidade de partes, e aos

¹²⁷ Em geral, sobre o tópico do acesso à justiça e à arbitragem, v. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, 1.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 103 e ss.

impedimentos e deveres do árbitro. E também não existem regras específicas quanto à motivação da sentença.

2.2. *Âmbito da arbitragem administrativa*

Precisamente, em segundo lugar, outro tema difícil diz respeito ao âmbito da arbitragem e ao tipo de matérias em que pode haver arbitragem, dado o constante alargamento¹²⁸.

O artigo 180.º do CPTA tem vindo a ser alargado e novas matérias são hoje arbitráveis, sendo possível configurar que este alargamento tem como efeito colateral a substituição dos tribunais do Estado por estes mecanismos de resolução alternativa de conflitos.

Não podemos falar em arbitragem administrativa e em recurso a um tribunal arbitral em matérias administrativas sem questionar primeiramente em que consiste a *arbitrabilidade*. Assim, a *arbitrabilidade* é a condição de que necessita o litígio para ser submetido a tribunal arbitral. Como nos diz DOMINGOS CLEMENTE, a «arbitrabilidade consiste na “qualidade própria de um litígio, atual ou possível no futuro, de poder ser dirimido com recurso a árbitros”, significando que certo litígio será arbitrável sempre que cumpra os critérios da arbitrabilidade»¹²⁹. A delimitação dos litígios jurídico-públicos arbitráveis encontra-se no artigo 180.º do CPTA, em legislação especial e no artigo 1.º da LAV.

No CPTA, o critério acolhido é híbrido: é de ordem legal e considera a indisponibilidade de direitos, quando a arbitragem se refere a questões relativas à relação jurídica de emprego público [alínea *d*] do artigo 180.º].

No que concerne à *arbitrabilidade* de atos administrativos, o legislador considera que todas as questões de invalidade são arbitráveis, salvo determinação em contrário. É neste contexto que nos questionamos sobre se a invalidade de atos administrativos sancionatórios é passível de arbitragem. Numa primeira aproximação, poder-se-á dizer que uma sanção disciplinar é

¹²⁸ Sobre esse espaço possível e consequências dessa opção, *vd.* RUI CHANCERELLE DE MACHETE, “O alargamento do âmbito das matérias sujeitas à arbitragem administrativa no direito português”, *cit.*, pp. 169 e ss.

¹²⁹ DOMINGOS JOSÉ ASCENSÃO CLEMENTE, *A imparcialidade no âmbito da atuação do Tribunal Arbitral do Desporto*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 9, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/84125> [10/5/2021].

arbitrável¹³⁰. Há, contudo, autores que continuam a defender que existem matérias atinentes a certo tipo de litígios relativos a atos de autoridade, mormente os sancionatórios, que não podem ser sujeitos à arbitragem, mesmo que a lei não proíba, e que não podem ser deixadas fora da jurisdição dos tribunais do Estado, sem prejuízo do artigo 202.º, n.º 4, da CRP, apontando para a existência de um núcleo de questões que integram a reserva da jurisdição do Estado.

2.3. Os dilemas da arbitragem necessária

Quanto ao aspeto da arbitragem necessária, a arbitragem está em alguns domínios prevista, em Portugal, como necessária ou obrigatória, como acontece em questões desportivas, nos litígios relativos a greves e questões relacionadas com a fixação de serviços mínimos, perdendo, nestes casos, relevância e essencialidade as convenções de arbitragem.

E, a propósito da arbitragem administrativa, naquelas matérias em que o TAD é chamado em primeiro lugar e obrigatoriamente a decidir, o Tribunal Constitucional já se pronunciou múltiplas vezes, afirmando, em suma, que a previsão legal da arbitragem necessária não é inconstitucional, mas deve a lei assegurar a possibilidades de as partes recorrerem da sentença arbitral para os tribunais do Estado, de modo a que as decisões dos tribunais arbitrais

¹³⁰ Sobre o tema, *vd.* VASCO CAVALEIRO, “A arbitragem e o poder disciplinar laboral público: uma análise SWOT” [anotação à Decisão Arbitral do CAAD de 15/12/2013, Proc. n.º 31/2013-A], in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 135, maio-junho de 2019, pp. 25-38.

obrigatórios não sejam definitivas¹³¹. Sobre este tema e o seguinte, muito se pode dizer¹³² e necessária é também a discussão¹³³. O Tribunal Constitucional tem desenvolvido uma jurisprudência¹³⁴, a qual se pronunciou, num passado muito recente, sobre diferentes ângulos

¹³¹ O tema ficou inicialmente marcado pelo pedido do Presidente da República de fiscalização do Decreto da Assembleia da República n.º 128/XII, dirigido ao Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade, tendo sido solicitada a fiscalização do artigo 8.º, n.º 1, quando conjugado com os artigos 4.º e 5.º do mencionado Decreto, uma vez que estas normas previam a impossibilidade de recurso para os tribunais estaduais das decisões do TAD. O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 230/2013, veio determinar a inconstitucionalidade destas normas, ao preverem a regra da irrecorribilidade das decisões do TAD para os tribunais estaduais, pois contrariavam o direito de acesso aos tribunais (artigo 20.º, n.º 1, da CRP), o princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP), o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da CRP) e ainda o princípio da tutela jurisdicional efetiva (artigo 268.º, n.º 4, da CRP). Da queda do Decreto supramencionado, surge a Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, em que a regra da irrecorribilidade das decisões arbitrais passou a formular-se como uma recorribilidade excecional, ou seja, o artigo 8.º foi alterado para permitir, em casos muito excecionais, o recurso das decisões do TAD para os tribunais estaduais. Assim, o artigo 8.º passou a prever o recurso das decisões da Câmara de Recurso para o Supremo Tribunal Administrativo (STA), em sede de recurso de revista. Contudo, como este recurso previsto no artigo 150.º do CPTA tem um carácter marcadamente excecional, novamente a questão da (in)constitucionalidade da norma foi suscitada e mais uma vez o Tribunal Constitucional veio pronunciar-se pela sua inconstitucionalidade, agora no Acórdão n.º 781/2013, tendo afirmado que, mesmo com as alterações introduzidas, ainda não se encontravam reunidas todas as condições de recorribilidade. E de novo o legislador foi obrigado a fazer a primeira alteração à LTAD, tendo sido aprovada a Lei n.º 33/2014, de 16 de junho. Nesta, o legislador veio agora prever a recorribilidade das decisões do TAD como regra. Assim sendo, o novo regime arbitral do TAD passou a permitir o recurso das decisões dos colégios arbitrais para o Tribunal Central Administrativo (TCA), ou, caso as partes assim o desejem, para a Câmara de Recursos do TAD. Para além disso, o legislador veio ainda estabelecer no n.º 7 do artigo 8.º da LTAD a possibilidade do recurso das decisões proferidas pela Câmara de Recurso para o STA, nas situações em que haja contradição jurisprudencial desta Câmara.

¹³² Sugerimos a leitura de RUI MEDEIROS, “Arbitragem necessária e Constituição”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Maria João Antunes (coord.), com a colaboração de Marta Cavaleira, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 1301 e ss.

¹³³ Sobre a necessidade da discussão, *vd.* ANTÓNIO DE MAGALHÃES CARDOSO/SARA NAZARÉ, “A arbitragem necessária, natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 33 e ss.

¹³⁴ Alguma jurisprudência do Tribunal Constitucional versou sobre a arbitragem necessária em matéria de medicamentos de referência e medicamentos genéricos, à luz do disposto na Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro. Sucede, porém, que esta arbitragem é, desde 2018, após a entrada em vigor Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro, uma arbitragem voluntária, pelo que deixaram de se colocar os mesmos problemas que a arbitragem necessária em matéria desportiva ainda convoca, por exemplo. Com efeito, nos termos do artigo 2.º da redação atual da Lei n.º 62/2011: “[o]s litígios emergentes da invocação de direitos de

relativamente à possibilidade de legitimar (ou não) a arbitragem necessária de acordo com as normas constitucionais.

De entre os tópicos que têm estado sob o escrutínio do Tribunal Constitucional encontramos, desde logo, a questão de saber se as normas legais que instituem mecanismos arbitrais necessários são compatíveis com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o princípio da igualdade e, tal como questionado e decidido no Acórdão n.º 543/2019, o princípio da proporcionalidade.

2.4. *Recorribilidade e irrecorribilidades*

Algumas dúvidas subsistem igualmente sobre a questão da validade de cláusulas de renúncia ao recurso aos tribunais estaduais e o âmbito dessa renúncia, sendo certo que uma das fragilidades do regime da arbitragem diz respeito ao tópico da recorribilidade das sentenças proferidas por tribunais arbitrais.

Neste sentido, importa evidenciar a forma como estes tribunais se relacionam com os tribunais do Estado e o modo como têm vindo a confluir, paulatinamente, para um acesso cada vez mais reforçado dos cidadãos ao Direito e aos tribunais. Ao longo do texto temos presente que, não obstante não estar consagrado, entre nós, o princípio do duplo grau de jurisdição, o tema da recorribilidade das sentenças arbitrais e a necessidade da existência desses recursos jurisdicionais traduz uma dimensão do direito de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efetiva, constante do artigo 20.º da CRP.

É, aliás, neste sentido que consideramos as alterações introduzidas no artigo 185.º-A do CPTA para acolher as novas possibilidades de recurso da sentença arbitral para o Tribunal Constitucional e, num terceiro nível de recurso, para o STA, previstas respetivamente nos n.ºs 2 e 3 daquele preceito. Prevê-se, agora, que o Supremo seja chamado para uniformizar jurisprudência e em sede de recurso de revista, aplicando-se o regime do artigo 150.º do CPTA.

propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência, designadamente os medicamentos que são autorizados com base em documentação completa, incluindo resultados de ensaios farmacêuticos, pré-clínicos e clínicos, e medicamentos genéricos, independentemente de estarem em causa patentes de processo, de produto ou de utilização, ou de certificados complementares de proteção, podem ser sujeitos a arbitragem voluntária, institucionalizada ou não institucionalizada”.

Estamos certas de que, à partida, a arbitragem não minora a garantia do direito do acesso à tutela jurisdicional efetiva, na medida em que, tal como se dispõe no n.º 1 do artigo 185.º-A do CPTA, é possível que as partes acordem no sentido de definir que a decisão arbitral pode ser suscetível de recurso e, ainda, de uma ação de anulação — fazendo convocar o regime e os termos da LAV. E, assim, se as partes não o definirem expressamente, vigora o princípio da irrecorribilidade, presente na Lei de Arbitragem, do qual as partes têm conhecimento aquando da celebração da convenção de arbitragem, não sendo defensável que se escudem, mais tarde, aquando da necessidade de interposição de recurso, na ignorância ou no desconhecimento deste princípio ínsito na LAV.

Contudo, importa evidenciar que existe uma dissonância de regimes em matéria de recursos na arbitragem administrativa, no que respeita tanto ao regime regra, decorrente do CPTA e da LAV, como aos regimes especiais, tal como o previsto no n.º 5 do artigo 476.º do CCP, como ainda no que concerne à arbitragem *ad hoc* e à arbitragem institucionalizada do CAAD. Nesta conformidade, não é entendível que, por um lado, na arbitragem administrativa *ad hoc*, regulada nos termos da LAV, seja necessário haver uma consagração expressa da possibilidade de recurso na convenção arbitral, e, por outro lado, no Regulamento do CAAD, o critério para apurar da recorribilidade de decisão arbitral não seja o da previsão expressa, mas sim o da renúncia expressa.

2.5. Igualdade vs. desigualdade real

Quanto ao problema da desigualdade real entre as partes é também um assunto discutido na doutrina. A questão da relevância dos interesses de terceiros no processo arbitral, sobretudo dos conainteressados, não está ainda resolvida no CPTA, uma vez que este simplesmente vaticina o processo de arbitragem na falta de aceitação da convenção pelo conainteressado (nos termos do n.º 2 do artigo 180.º).

E a questão da igualdade efetiva das partes também ainda não tem solução. Não falando da questão do apoio judiciário nos processos de arbitragem, importa registar aqui a situação de fragilidade económica em que se pode encontrar uma das partes perante a outra. Lembramos as disposições da LTAD sobre as custas processuais, por exemplo¹³⁵. Cumpre sublinhar que

¹³⁵ O artigo 76.º da LTAD estabelece aquilo que se entende por custas processuais, aqui se incluindo a taxa de arbitragem e os encargos do processo arbitral. O n.º 2 do artigo explica aquilo que é a taxa de arbitragem, sendo

o maior problema relativamente às custas poderá mesmo existir pelo facto de que estamos a referir-nos às custas num tipo de arbitragem que é a arbitragem necessária¹³⁶. Como vimos anteriormente, a arbitragem necessária é aquela que é imposta por lei, ou seja, as partes, se quiserem ver o seu litígio resolvido, têm de recorrer ao TAD, sem poderem imediatamente recorrer aos tribunais¹³⁷.

Importa a este propósito lembrar o já referido Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 543/2019: em causa estava a apreciação da constitucionalidade das custas fixadas pelas normas previstas no artigo 2.º, n.ºs 1 e 4, da Portaria n.º 301/2015, de 22 de setembro, por incompatibilidade com o direito fundamental da tutela jurisdicional efetiva e da violação do princípio da proporcionalidade, na sequência do recurso do Ministério Público para o

que esta “corresponde ao montante devido pelo impulso processual do interessado” e é “fixada em função do valor da causa”. A taxa de arbitragem é fixada por portaria do Governo. Por sua vez, o n.º 3 estabelece o que são os encargos do processo arbitral, sendo que consistem em “todas as despesas resultantes da condução” do processo, sejam “honorários dos árbitros”, “despesas incorridas com a produção de prova” e “as demais despesas ordenadas pelos árbitros”, a que se juntam taxas diversas. Falando da taxa de arbitragem, o artigo 77.º da LTAD estabelece que “[o] valor da causa é determinado nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos” (n.º 1), sendo que a taxa pode ser reduzida até “95% do seu valor quando a parte entregue todas as peças processuais através dos meios eletrónicos” (n.º 2). Para além disto, “[a] taxa de arbitragem é integralmente suportada pelas partes e por cada um dos contrainteressados” (n.º 3). Acontece que, nos termos do artigo 78.º da LTAD, se por alguma razão o processo arbitral cessar antes mesmo de ser constituído o colégio arbitral, o valor da taxa de arbitragem é reembolsado às partes, com exceção do valor pago pelos encargos do processo arbitral. Para além da taxa de arbitragem, para se aceder ao TAD é necessário fazer também o pagamento da taxa de justiça, prevista no artigo 79.º da LTAD. Esta taxa de justiça, tal como a taxa de arbitragem, é fixada por portaria do Governo; no entanto, uma vez paga, esta não poderá ser devolvida.

¹³⁶ Sobre as diversos problemas jurídico-constitucionais que o tema das custas do TAD coloca, *vd.* ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “A (in)constitucionalidade das custas elevadas e a arbitragem necessária: a propósito de uma jurisprudência recente”, in *Estudos de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 137 e ss.

¹³⁷ Recorrendo ao simulador de custas presente no *site* do TAD, importa equacionar o exemplo seguinte. Considere-se um litígio em arbitragem necessária, no valor de 500 €, com dois sujeitos processuais. Imagine-se que a parte perde o caso, sendo condenada a pagar ao TAD o valor de 5105,00 €. Deste, 1500 € correspondem à taxa de arbitragem, 2500 € são relativos aos honorários dos árbitros, 150 € seriam pagos a título de encargos administrativos e 955 € seriam pagos pela taxa de 23% do IVA. A verdade é que, independentemente de estar em causa uma ação pelo valor de 1 € ou pelo valor de 30 000 €, o valor pago será sempre o mesmo, 5105,00 €. Apenas quando se sobe o valor do processo para 30 000,01 € é que os valores se alteram, sendo que, neste caso, seria devido ao tribunal o pagamento de 6126,00 €, sendo que 1800 € seriam para a taxa de arbitragem, 3000 € para os honorários dos árbitros, 180 € para encargos administrativos e 1146 € pagos pela taxa do IVA. Verificamos, assim, com estas simulações, que efetivamente o custo de acesso ao TAD é muitíssimo elevado, o que pode constituir um sério obstáculo no acesso à justiça.

Tribunal Constitucional de uma decisão do TCA Sul, num caso que envolveu uma sociedade desportiva e a punição disciplinar desta pela Federação Portuguesa de Futebol (FPF)¹³⁸. Ao valor da causa foi atribuído o total de € 3827, sendo, por seu turno, as partes condenadas a pagar, em partes iguais, o montante de € 2075, acrescido de IVA a título de custas. A questão que ali se colocou foi, em síntese, a seguinte: são desproporcionais (e violadoras do direito à tutela jurisdicional efetiva) as custas a pagar pelas partes no âmbito de um mecanismo arbitral necessário em matéria jurídico-administrativa quando comparadas com o valor da causa? No Acórdão n.º 543/2019, o Tribunal Constitucional decidiu em sentido negativo¹³⁹.

2.6. Ministério Público e arbitragem

A participação do Ministério Público no processo de arbitragem é um assunto que ainda não reúne consenso¹⁴⁰. O Magistrado é o defensor da legalidade democrática e seria importante configurar a sua presença em juízos arbitrais, que versam especialmente sobre a legalidade de atos administrativos. O n.º 1 do artigo 11.º do CPTA aplica-se aos processos que decorrem nos tribunais administrativos, pelo que, em face do silêncio do legislador ordinário quanto à representação do Estado pelo Ministério Público em processos arbitrais, a dúvida existe. Ademais, o próprio Estatuto do Ministério Público não o consagra, limitando-se a referir, no n.º 2 do seu artigo 8.º, que “[o] Ministério Público é representado nos demais tribunais nos termos da lei”.

É um facto que, não obstante o legislador ter, na última revisão do CPTA, alargado o âmbito do objeto jurídico-administrativo arbitrável, muito ficou por delinear e regular, tendo-se limitado a remeter, no artigo 181.º, para a LAV, com as devidas adaptações. Ora, tal remissão revela-se infrutífera quanto ao tópico em análise, uma vez que a LAV não regula a intervenção do Ministério Público em nenhum ponto do processo¹⁴¹. Central na questão é

¹³⁸ A Portaria n.º 301/2015, de 22 de setembro, foi alterada pela Portaria n.º 314/2017, de 24 de outubro.

¹³⁹ Em sentido (parcialmente) divergente, *vd.* Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 178/2021.

¹⁴⁰ Sobre este tema, por todos, *vd.* JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A representação das pessoas coletivas públicas na arbitragem administrativa”, *in* AA.VV., *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Agostinho Pereira de Miranda/Miguel Cancela de Abreu/Paula Costa e Silva/Rui Pena/Sofia Martins (coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 109-134, esp. pp. 130 e ss.

¹⁴¹ Como anteriormente referido, a própria LAV não regula a intervenção do Ministério Público. É, no entanto, possível convocar o seu artigo 36.º, n.º 1, que consagra que “[s]ó podem ser admitidos a intervir num processo arbitral em curso terceiros vinculados pela convenção de arbitragem em que aquele se baseia (...)”. Sobre o

saber se a intervenção do Ministério Público radica do mandato constitucional do artigo 219.º ou se é necessária uma determinação expressa do legislador para que o mesmo possa atuar na jurisdição arbitral, ideia que não partilhamos. O artigo 219.º da Constituição, ao atribuir competência ao Ministério Público para defender a legalidade democrática, fá-lo independentemente de o litígio jurídico-administrativo ser decidido nos tribunais administrativos ou nos tribunais arbitrais. Neste sentido, estamos em crer que uma das adaptações a que o artigo 181.º do CPTA se refere é a de conferir ao Ministério Público, no processo arbitral, o mesmo papel que o legislador lhe atribui no âmbito da jurisdição administrativa^{142/143}.

É certo que a referência ao Ministério Público neste domínio é apenas feita no n.º 3 do artigo 181.º do CPTA, a propósito da notificação do magistrado para efeitos do recurso ao Tribunal

assunto, *vd.* SUHEIL MAHOMED SALÉM, “Arbitragem Administrativa: o papel conferido ao Ministério Público no Processo Arbitral”, in *Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 3, n.º 2, 2016, disponível em <https://e-publica.pt/article/34469-arbitragem-administrativa-o-papel-conferido-ao-ministerio-publico-no-processo-arbitral>, que,

apoiando-se na ligação incidível entre a função jurisdicional dos litígios jurídico-administrativos e a defesa da legalidade, entende poder haver uma adesão implícita do Ministério Público àquela convenção, assumindo a veste de terceiro vinculado e desempenhando, consequentemente, um papel auxiliador da função jurisdicional.

¹⁴² Como refere FILIPE BRITO BASTOS, embora o processo arbitral se baseie numa cultura de escolhas, a defesa dos direitos fundamentais e a defesa do interesse público são igualmente importantes, pelo que vedar a intervenção do Ministério Público em sede arbitral tocaria a inconstitucionalidade. E, não podendo ignorar, nem tão-pouco cindir, a especial relação que o direito administrativo tem com o direito constitucional, é precisamente no plano da constitucionalidade que o Ministério Público recebe fundamento para intervir no processo arbitral, sendo defensável que se encontra constitucionalmente mandatado para intervir no processo arbitral, sustentando o autor que tal interpretação é aquela que melhor concretiza o princípio da legalidade democrática, vertido na Constituição, sem descurar a defesa dos direitos fundamentais, defendendo também que o mesmo deve ser notificado das sentenças arbitrais, devendo entender-se que esta obrigatoriedade valoriza o princípio da transparência e a defesa dos direitos fundamentais, não obscurecendo a vantagem da celeridade associada à arbitragem, antes a dignificando.

¹⁴³ O Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, no seu Parecer n.º 114/2003, de 11 de março de 2004, concluiu que “[a] competência para o Ministério Público representar o Estado e os incapazes reporta-se aos tribunais estaduais, designadamente aos tribunais judiciais e aos tribunais administrativos e fiscais (...) [a] lei não atribui ao Ministério Público competência para representar o Estado e os incapazes nos tribunais arbitrais”. Continua, “a representação do Estado e dos incapazes pelo Ministério Público nos tribunais arbitrais, pressuporia a existência de lei que lhe atribuisse essa competência. Como essa lei não existe, importa concluir que o Ministério Público não representa o Estado nem os incapazes junto dos tribunais arbitrais, sejam voluntários sejam necessários”. No sentido do Parecer, a competência para a intervenção do Ministério Público nos processos de arbitragem administrativa gravita em torno da dependência de normas que a confirmam expressamente.

Constitucional, em sede de fiscalização sucessiva. Assim, nos termos daquele preceito, “[s]empre que seja recusada a aplicação de uma norma, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, constante de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar, o tribunal arbitral notifica o representante do Ministério Público no tribunal administrativo de círculo da sede da entidade pública, para efeitos do recurso previsto no n.º 3 do artigo 72.º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro”.

2.7. *Confidencialidade vs. publicidade*

Finalmente, o problema da transparência administrativa, tendo em conta a confidencialidade dos árbitros. Há quem defenda mais transparência, mais publicidade a fim de reforçar o controlo do Estado de Direito e a defesa da legalidade administrativa e o exercício da cidadania democrática na investigação das despesas públicas. Como encontrar o equilíbrio, como divulgar e não destruir o instituto de arbitragem e a característica inerente da confidencialidade?

Esta não será, contudo, uma pergunta tão difícil para aqueles que entendem que a confidencialidade não é elemento da arbitragem, nem tão-pouco característica que lhe seja inerente¹⁴⁴.

Já para os demais, o tema é de enorme complexidade, e impõe-se responder à *vexata quaestio* da publicidade *vs.* confidencialidade^{145/146}. Pois bem: a exigência de publicidade representa,

¹⁴⁴ RUI PENA, “O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 235 e ss.

¹⁴⁵ Sobre o tema, *vd.* IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, Documentação e Direito Comparado, n.º 75/76, 1998, pp. 152 e 153.

¹⁴⁶ Mais uma vez, recomendamos, a propósito do direito ao processo equitativo e designadamente quanto a este particular conflito entre arbitragem e direito ao processo equitativo, LUIZ OLAVO BAPTISTA, “Confidencialidade na arbitragem”, *cit.*, pp. 197 e ss.; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa (O projecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e a nova LAV)”, *cit.*, pp. 15 e ss.; ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os tribunais arbitrais são tribunais, mas não são «tribunais como os outros»”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015; RUI PENA, “O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 235 e ss.; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade

em primeiríssimo lugar, a garantia de transparência do exercício da função jurisdicional. E, em sintonia com a garantia apontada, a necessidade de combater o arbítrio do julgador, que é potenciado pela opacidade e pelo secretismo. Em causa está, pois, a preocupação maior de lutar contra a desconfiança na administração da justiça e evitar o enfraquecimento da legitimidade democrática das decisões dos tribunais.

Na verdade, “se os tribunais administram a justiça em nome do povo (artigo 202.º, n.º 1, da CRP), o povo tem direito a conhecer o modo como são praticados os atos processuais e as decisões dos tribunais: a justiça não deve ser só feita, deve ser vista a ser feita”. Afirmção clássica irrepreensível no contexto da afirmação dos valores em que assenta o Estado de Direito.

Atendendo precisamente a esta dimensão axiológica da publicidade no processo, compreende-se que sejam múltiplas as fontes de Direito a fazer-lhe referência. Entre nós, a CRP acolhe o princípio da publicidade no artigo 206.º e consagra essa dimensão do direito à tutela jurisdicional efetiva no artigo 20.º, n.º 4, como também já registámos. No CPC, os artigos 163.º e 606.º fazem-lhe essa menção e igualmente o CPTA em múltiplos artigos, sendo certo que a publicidade abrange a publicidade das audiências, o acesso ao processo e a publicidade da decisão que põe fim ao litígio. A publicidade do processo é, portanto, uma dimensão do direito ao processo equitativo e traduz a garantia da correção do *iter* procedimental e a legalidade dos atos judiciais.

Em todo o caso, é obrigatório registar que este princípio não é absoluto. Aliás, havendo consciência de que dele podem decorrer inconvenientes, é consensual reconhecer-se, por isso mesmo, que comporte constrangimentos e exceções. Aliás, sem prejuízo de invocar casos legalmente previstos em que a publicidade é legalmente afastada, a bem ver, a opção pela arbitragem pode, até por esta razão, ser legítima. Na verdade, pode estar em causa a necessidade de as partes quererem proteger as suas práticas e os seus segredos profissionais, as suas estratégias comerciais, e também pode ser legítima a vontade de não darem a conhecer que estão em litígio. Optam, por isso, por uma alternativa de resolução do litígio que lhes confere uma menor exposição.

vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, in *Revista de Direito Civil*, n.º 3, 2016, pp. 701 a 722.

O tema da confidencialidade na arbitragem é fértil em mantras e equívocos¹⁴⁷. Há quem entenda que a confidencialidade não é elemento da arbitragem, *id est*, não lhe é absolutamente conatural ou inerente. E nem todos os regimes normativos ou lei-modelo de arbitragem de outros sistemas de Direito comparado acolhem a confidencialidade. Portanto, há quem entenda que arbitragem não tem de ser confidencial, não devendo confundir-se a confidencialidade com a discrição e com a privacidade. Como escreve RUI PENA, decidir através de arbitragem permite retirar a resolução do litígio dos holofotes da imprensa e da vista dos concorrentes e dos contribuintes em geral. A privacidade é conseguida, por vontade das partes, através da designação de um tribunal privativo, com plenos poderes jurisdicionais, integrando pessoas da respetiva confiança, a quem se encarrega de dirimir o conflito que as opõe, na certeza de que o veredicto, se não for voluntariamente cumprido, pode ser coercivamente executado¹⁴⁸. A redação do compromisso arbitral impõe cuidado, bem como também a escolha do tribunal. Importa redigir e ponderar a abrangência da confidencialidade, tendo em conta o quadro normativo vigente no lugar em que a arbitragem acontece.

Mas também é um facto que a confidencialidade combina bem com arbitragem. E assim é na medida em que a própria confidencialidade é considerada como uma das maiores vantagens da arbitragem, tanto na área civil como na comercial. Assim entende a melhor literatura da especialidade quando refere que neste tipo de processos há matérias muito sensíveis, como seja a estratégia do negócio, sistemas de produção, tecnologias, produtos, clientes, cuja confidencialidade é necessária. Há inclusive quem defenda que, atendendo à origem contratual e à natureza privada da arbitragem, é configurável que os processos arbitrais sejam naturalmente confidenciais. Aliás, no quadro normativo inglês e no suíço entende-se mesmo que da convenção de arbitragem emerge, desde logo, um dever implícito de confidencialidade¹⁴⁹.

A confidencialidade é a garantia de que determinada informação fornecida pelas partes não é divulgada a terceiros; é a garantia de que todos os elementos carreados para o processo arbitral, desde o compromisso inicial que delimita o contencioso até à sentença final, incluindo meios probatórios e todo o argumentário, são dados à confiança e não podem ser

¹⁴⁷ Entre nós, dando conta de alguns dos frequentes equívocos, *vd.* RUI PENA, “O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem”, *cit.*, pp. 235 e ss.

¹⁴⁸ *Ibidem.*

¹⁴⁹ Sobre o tema, *vd.* JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa (O projecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e a nova LAV)”, *cit.*, pp. 20 e 21.

veiculados para fora do tribunal, sendo certo que esta confidencialidade valeria tanto para o período processual propriamente dito, desde a aceitação dos árbitros designados até à prolação da sentença, como valeria ainda para a divulgação da sentença e para a matéria instrutória, designadamente toda a documentação junta ao processo, os testemunhos prestados e os relatórios das peritagens ordenadas, e afetaria não só as partes como também terceiros. E vincularia sobretudo os árbitros.

A regra da confidencialidade está consagrada, entre nós, na LAV, no artigo 30.º, n.º 5, daqui emergindo que os árbitros, as partes e, se for o caso, os centros de arbitragem institucionalizada têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e sobre o conteúdo de documentos a que tenham acesso (e sobre o qual tomem conhecimento) através de processo arbitral.

É certo que, mesmo na arbitragem, o princípio da confidencialidade tem exceções amplas (artigo 30.º, n.º 5, 2.ª parte, e n.º 6, da LAV), o que leva certos autores a reconhecer a necessidade de restringir precisamente algumas destas exceções¹⁵⁰. É, portanto, configurável que as partes possam tornar públicos atos processuais para defesa dos seus direitos e que os árbitros tenham o dever de comunicar informação do processo às autoridades quando tal decorre da lei.

Mas, em todo o caso, não parece existir consenso quanto a reconhecer a confidencialidade como traço identitário da arbitragem. Por outras palavras, a arbitragem não é sempre sinónimo de confidencialidade e a doutrina não é unânime a considerar que a confidencialidade seja parte integrante da arbitragem¹⁵¹. Mesmo do ponto de vista normativo, há variedade nas soluções acolhidas no panorama legislativo de Direito comparado, sendo certo que, na sua maioria, essa disciplina permite que as partes estipulem por acordo o regime

¹⁵⁰ Neste sentido, refere o n.º 5 do artigo 30.º da LAV: “Os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de actos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei”. E o n.º 6 determina: “O disposto no número anterior não impede a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas a isso se opuser”.

¹⁵¹ Entre nós, veja-se, por todos, RUI PENA, “O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem”, *cit.*, pp. 235 a 266.

de confidencialidade da arbitragem, uma vez que está no âmbito do seu poder de autonomia da vontade.

Importa, pois, refletir sobre uma das posições mais extremistas que vê neste acordo que traça a natureza confidencial da arbitragem uma violação do direito ao processo equitativo na dimensão da publicidade. Pois bem, nos termos do artigo 6.º da CEDH, “[q]ualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente”, devendo o julgamento ser público. Formulada em termos de questão, se a ausência de publicidade na arbitragem viola o direito ao processo equitativo, importa dizer que a resposta tem sido negativa, no sentido de que “não, não viola a CEDH”. E de igual modo se tem respondido quando se questiona se a confidencialidade da arbitragem viola o artigo 10.º da DUDH. Neste sentido vai RUI PENA, quando escreve que “não obstante muitos tribunais onde a questão é colocada referirem, *brevitatis causa*, que esta regra apenas deve ser aplicada aos tribunais estaduais e não à arbitragem, na medida em que esta é uma justiça privada, ou melhor dizendo, um processo privado de resolução de litígios”, a privacidade da arbitragem decorre da renúncia expressa emergente de convenção arbitral, cláusula compromissória ou compromisso arbitral, isto é, resulta da vontade das partes¹⁵².

Há, aliás, direitos previstos no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH que são suscetíveis de renúncia. Entre eles está o da publicidade, devendo a renúncia ser inequívoca e não ofender nenhum interesse público relevante¹⁵³. Na verdade, a propósito do caso *Nordström vs The Netherlands*, os órgãos da CEDH consideraram que os processos arbitrais não têm de estar em conformidade com o artigo 6.º da CEDH na sua totalidade e ainda que a convenção de arbitragem *envolve uma renúncia à aplicação integral, sem restrições*, deste artigo.

Também entre nós, formulada a mesma questão, desta feita interrogando se a confidencialidade colide com o artigo 20.º, n.º 4, da CRP, tem havido respostas negativas, no sentido de que a confidencialidade do processo arbitral não viola qualquer comando constitucional. Assim, deste modo, vai-se afirmando que, se o artigo 20.º, n.º 4 (preceito que consagra o direito ao processo equitativo), é considerado aplicável ao processo arbitral, uma vez que deve entender-se aplicável a todo e qualquer modo de resolução de litígios, a publicidade poderá integrar ou não esse núcleo. Assim, neste sentido, afirma-se que as

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ Sobre este último, *vd.* MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO/PEDRO FERREIRA DE SOUSA, “Anotação à decisão do tribunal europeu dos direitos do homem de 27 de novembro de 1996 (*Nordström vs The Netherlands*)”, in *100 anos de arbitragem. Os casos essenciais comentados*, coleção PLMJ, n.º 9, Coimbra Editora, 2015, pp. 199 e ss.

peçoas têm direito a que a sua causa seja examinada publicamente, mas também têm o direito a que a sua causa não seja examinada publicamente, optando por usufruir das maiores vantagens que a confidencialidade lhes possa proporcionar. Afinal, da própria confidencialidade pode resultar a eficácia da sentença, podendo mesmo dizer-se que, em algumas circunstâncias, a exigência absoluta de publicidade pode anular a utilidade do processo arbitral.

O artigo 12.º do Código Deontológico do Árbitro, da Associação Portuguesa de Arbitragem, menciona que o “árbitro deve respeitar a confidencialidade do processo e da decisão arbitral e não poderá utilizar informação obtida no decurso da instância arbitral com o objetivo de alcançar ganho, para si ou para terceiro, ou de lesar o interesse de outrem”¹⁵⁴.

Coisa diferente, mas não menos importante, é saber até onde deve a confidencialidade ser estendida¹⁵⁵. Há, na verdade, por um lado, razões legítimas para as partes revelarem atos dos processos arbitrais, razões para que os árbitros façam cessar o dever de sigilo, e, por outro lado, imposições legais de publicidade de sentenças arbitrais. Aliás, o CPTA, na última revisão, viu introduzida uma norma que obriga à publicidade por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça, das decisões proferidas pelos tribunais arbitrais transitadas em julgado. O regulamento do CAAD também cumpre este objetivo.

De uma forma ou de outra, e pensando sobretudo na arbitragem jurídico-pública, importa sempre assegurar que as entidades públicas que recorrem à arbitragem não obtêm através da confidencialidade vantagens maiores do que aquelas que jamais conseguiriam obter no processo público, no sentido de que, invocando a confidencialidade, alcançam isenção a

¹⁵⁴ Neste quadro, a confidencialidade está no artigo 12.º do Código Deontológico (aceder em https://www.arbitragem.pt/xms/files/PROJETOS_APA/ebook_codigos-apa_21jan2021.pdf). O Código Deontológico do Árbitro do CAAD refere-se à confidencialidade do árbitro no artigo 12.º, sendo certo que está acolhida no artigo 8.º do Código Deontológico publicado no Centro de Arbitragem Comercial. Quanto ao regime relativo ao Tribunal Arbitral do Desporto, está também prevista a confidencialidade, sendo certo que a partir de 16 de novembro de 2020 entrou em vigor um novo Código Deontológico do Árbitro, passando a confidencialidade a ter previsão no artigo 12.º (ver em <https://www.tribunalarbitraldesporto.pt/documentacao/regulamentos>).

¹⁵⁵ Sobre o tema, *vd.* JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa (O projecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e a nova LAV)”, *cit.*, pp. 18 a 21.

controles externos de legalidade e encontram caminho seguro para a fuga a regras que protegem o interesse público e o interesse de terceiros¹⁵⁶.

Sem pretensão de exaustão, interessa destacar de entre os interesses públicos a aquilatar, no momento de ponderar a preponderância da confidencialidade em detrimento da publicidade¹⁵⁷:

- (i) a necessidade de segurança jurídica e o conhecimento pela comunidade da aplicação do Direito pelos tribunais;
- (ii) a necessidade de controlo público-institucional (incluindo estadual) da atividade administrativa;
- (iii) o incremento da aceitação e o reconhecimento pelo Estado do exercício da função jurisdicional por privados;
- (iv) a imperatividade do cumprimento da legalidade;
- (v) a credibilização e o reconhecimento da arbitragem, combatendo a generalizada desconfiança contra este mecanismo de resolução de litígios.

É certo que em relação à arbitragem privada vão prevalecendo argumentos em defesa da invocação legítima da renúncia à publicidade pela aceitação da convenção de arbitragem. Assim se diz que a vontade das partes de que o seu litígio não chegue a praça pública deve ser atendida, bem como deve ser salvaguardado o direito a manter segredo sobre interesses comerciais próprios, isto por um lado. Por outro lado, vem vencendo outro reforço argumentativo que vai no sentido de que o controlo da correção da legalidade da sentença arbitral (que o princípio da publicidade do processo visa assegurar) pode ser alcançado no momento da intervenção do tribunal do Estado, quer no âmbito do recurso de anulação, quer no âmbito do recurso e do reconhecimento e execução de sentença arbitral, havendo aqui um reforço de uma publicidade indireta. Enfim, neste campo, parece fazer sentido dizer que um processo arbitral, para ser equitativo, não precisa de declinar a confidencialidade. Na verdade, como escreve ROBIN DE ANDRADE, “a confidencialidade é sempre limitada, pois

¹⁵⁶ Entre nós, sobre este assunto, *vd.* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Tópicos sobre o problema do âmbito subjectivo da arbitragem sobre relações jurídicas multilaterais ou poligonais de direito administrativo”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, 2012, pp. 209 e ss.

¹⁵⁷ Entre nós, sobre este assunto, têm escrito ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem esportiva transnacional”, *cit.*, pp. 701 a 722.

deve sempre ser reconhecido às partes o direito de utilizar a sentença arbitral para fazer valer os seus direitos através dos tribunais estaduais, o que obviamente implica a necessidade de a sentença adquirir a mesma publicidade que qualquer sentença de tribunais estaduais transitada em julgado que seja título executivo¹⁵⁸.

A ausência de publicidade na arbitragem administrativa levanta, como se indicou, outras questões, e questões delicadas, uma vez que pode estar em causa a defesa do interesse público ou de relevantes interesses coletivos e de terceiros, que imponham a primazia do princípio da publicidade. Há, aliás, quem desde logo afaste deste domínio qualquer argumento que vá no sentido de aceitar que a convenção de arbitragem seja expressão de renúncia à publicidade, uma vez que se duvida da validade da renúncia à publicidade das sentenças arbitrais pelas entidades públicas, bem como da validade da renúncia ao recurso jurisdicional pelas mesmas entidades¹⁵⁹.

Por isso mesmo se considera que há pelo menos um dever de publicidade irrenunciável que abrange a publicação das decisões arbitrais, solução que o CPTA veio expressamente acolher no artigo 185.º-B, visando, segundo alguns, alcançar uma maior transparência no exercício da função jurisdicional através da arbitragem¹⁶⁰. Importa lembrar, neste contexto, a publicação da Portaria n.º 165/2020, de 7 de julho, que vem dispor sobre o depósito e a publicação das decisões arbitrais em matéria administrativa e tributária, incrementando a segurança jurídica e a estabilidade dos títulos executivos neste domínio. Neste sentido, e nos termos do artigo 2.º do diploma, são sujeitas a depósito obrigatório as decisões arbitrais transitadas em julgado, proferidas por tribunais arbitrais em matéria administrativa, constituídos ou não sob a égide de centros de arbitragem institucionalizada. O depósito, regulado no artigo 3.º, é feito em plataforma informática do Ministério da Justiça e é gerida pela Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), com o endereço eletrónico <https://tribunais.org.pt>, devendo a plataforma garantir a integridade, a autenticidade e a inviolabilidade dos documentos apresentados e da informação estruturada nela contida, bem como ainda deve garantir o sigilo da informação e dos documentos por este cobertos, nos

¹⁵⁸ Sobre o tema, *vd.* JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa (O projecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e a nova LAV)”, *cit.*, pp. 18 a 21.

¹⁵⁹ Neste sentido, ver o nosso “A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?”, *cit.*, pp. 175 e ss.

¹⁶⁰ Sobre este assunto, *vd.*, entre outros, FAUSTO DE QUADROS, “Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, APA, n.º 7, Almedina, Coimbra, 2014, p. 13.

termos da lei, obrigando todos os que com os mesmos lidam no exercício das respectivas funções. De igual modo, nos termos do artigo 6.º, deve a plataforma respeitar o regime relativo à proteção de dados pessoais previsto no Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho e na respetiva lei de execução (Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto).

A Portaria prevê, no artigo 5.º, que, após o depósito da decisão arbitral, se segue a respetiva publicação no sítio da Internet, sendo a publicação de cada decisão acompanhada da seguinte informação: *i)* número de referência do depósito; *ii)* data do depósito; *iii)* data da decisão e do respetivo trânsito em julgado; *iv)* identificação dos membros do tribunal arbitral; *v)* sumário da decisão, expurgado de todos os elementos suscetíveis de identificar as pessoas a que diz respeito; *vi)* texto da decisão, com conteúdo pesquisável, expurgado de todos os elementos suscetíveis de identificar as pessoas a que diz respeito; *vii)* indicação de a arbitragem ter ou não sido realizada sob a égide de centro de arbitragem institucionalizada e, sendo o caso, identificação do centro de arbitragem.

A verdade é que a confidencialidade na arbitragem gera problemas e contradições que estão longe de oferecer respostas conclusivas, bastando pensar na dimensão do dever de não publicar integralmente a sentença na arbitragem privada por contraste com o dever de a publicar nos termos do CPTA¹⁶¹. É ponto assente que todos esses problemas e contradições se agudizam na arbitragem jurídico-pública, sendo certo que, no nosso entender, o assunto não pode ser tratado apenas no quadro do direito posto, nem apenas do contratualmente assumido — havendo razões para a estes juntar os imperativos emergentes da Ética (na arbitragem)¹⁶².

Pois bem, impõe-se, mais uma vez, sublinhar conclusivamente e dizer que, se, nos termos do n.º 4 do artigo 202.º da CRP, o legislador pode institucionalizar formas e instrumentos não jurisdicionais de resolução de conflitos, e se é certo que o legislador ordinário o vai concretizando, a verdade é que deve acautelar-se que os mesmos não se desviam das regras atinentes à dimensão total do direito ao processo equitativo, isto por um lado; por outro lado, não entram em colisão com o princípio da reserva da função jurisdicional dos tribunais administrativos.

¹⁶¹ Sobre o tema, *vd.* JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa (O projecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e a nova LAV)”, *cit.*, p. 22.

¹⁶² Há quem assim entenda: LUIZ OLAVO BAPTISTA, “Confidencialidade na arbitragem”, *cit.*, p. 203.

Chegados aqui, pensemos no tema central que justificou este texto. Ora, a melhor literatura que versa sobre o regime da mediação privada explica bem os contornos do significado da confidencialidade na mediação (entre privados), sendo a confidencialidade um dos traços identitários da mediação. O princípio da confidencialidade da mediação que se encontra previsto no art. 5.º da LdeM deve ser entendido em dois sentidos. O primeiro compreende o dever de sigilo do mediador, quer na sua dimensão externa, quer na sua dimensão interna. A dimensão externa significa que o mediador não pode utilizar para qualquer fim as informações que lhe tiverem sido comunicadas ou cujo conhecimento tenha obtido por força do procedimento de mediação; por sua vez, a dimensão interna significa que o mediador não pode transmitir às outras partes as informações com carácter confidencial que lhe tiverem sido prestadas por qualquer um dos mediados. O mediador, por forma a garantir o sucesso das suas funções e de molde a conseguir a confiança das partes, tem de assumir este princípio como um verdadeiro segredo profissional. Só desta forma é que se encontram reunidas as condições para que as partes consigam ver na pessoa do mediador um terceiro imparcial em quem podem confiar, sem que isso as prejudique de algum modo, salvaguardando sempre a sua intimidade¹⁶³.

Por outro lado, a confidencialidade também corresponde à impossibilidade de valoração do conteúdo da mediação nas vias judiciais¹⁶⁴. É de sublinhar que todo o conteúdo da mediação

¹⁶³ No que concerne às consequências da violação do dever de confidencialidade, para além dos casos em que configura um crime de “Violação de segredo”, em que acrescerá a responsabilidade criminal do mediador, prevê-se também a sujeição a responsabilidade civil do mediador pelos danos causados, nos termos gerais de direito. No caso de a violação ocorrer num sistema público de mediação, estabelecem-se ainda as sanções próprias inerentes à fiscalização do sistema, nomeadamente a sua suspensão ou exclusão das respetivas listas. Em consequência, e como garantia do princípio mencionado, a lei estabelece para o mediador a impossibilidade de participar como testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada com o procedimento de mediação, tendo o artigo 28.º da LdM acolhido uma solução que vem no sentido de determinar que os impedimentos aí previstos se devem à garantia da confidencialidade da mediação. Tal significa que se o mediador for chamado a depor judicialmente, deve escusar-se a fazê-lo, salvo se estiver em causa alguma das situações tipificáveis como excecionais (n.º 3 do artigo 5.º).

¹⁶⁴ A lei não menciona de forma expressa a abrangência da confidencialidade dos mandatários e representantes das partes. Todavia, a respetiva vinculação resulta da formulação genérica contida no n.º 4 do art. 5.º da LdeM, que se dedica ao “conteúdo das sessões de mediação” em que tenham intervindo. Na verdade, a lei portuguesa determinou a proteção de todo o conteúdo das sessões de mediação e não apenas das informações daí resultantes e vinculou não só o mediador como também as partes mediadas, bem como os demais intervenientes no procedimento de mediação. Assim, encontram-se abrangidos pelo dever de sigilo todos os documentos

está abrangido pelo princípio da confidencialidade, pelo que nada do que as partes hajam confessado pode ser utilizado em juízo. Ou seja, neste segundo sentido, não é apenas o mediador que fica vinculado pela obrigatoriedade de sigilo como também as partes mediadas. Esta dimensão visa o sucesso do processo de mediação, pois, como é óbvio, as partes nunca negociariam abertamente se a confissão dos factos as viesse a prejudicar em tribunal, no caso de frustração do procedimento de mediação. Deste modo, seriam tentadas a ocultar informações que poderiam revelar-se fundamentais à obtenção de um acordo. Paralelamente, a confidencialidade da mediação constitui a verdadeira forma de a promover.

Na senda do que dispõe o legislador comunitário¹⁶⁵, a lei admite restrições à confidencialidade do processo de mediação em determinadas situações, elencando algumas, como seja o superior interesse da criança ou a prevenção da saúde mental dos intervenientes. Assim, o princípio da confidencialidade cede por razões de interesse público consideradas mais relevantes do que, designadamente, o sucesso da mediação.

Afigura-se essencial realçar que a presente norma sobre confidencialidade se encontra pensada para os litígios civis e comerciais, mas já não para os litígios administrativos, aos quais também se aplica. Nestes últimos, existe uma tensão que se gera entre a confidencialidade, por um lado, e a transparência da Administração Pública, por outro. Interrogamo-nos se tal poderá conduzir a situações em que o interesse público demande a divulgação do acordo a que se chegue.

E, portanto, chegamos à questão da equação do *quantum* da publicação do acordo, uma vez que, independentemente da natureza jurídico-administrativa dos acordos que resultam da mediação e da conciliação administrativas, podem existir razões de interesse público para a

trocados, as palavras dirigidas tanto pelas partes como pelo mediador, bem como todas as propostas de solução formuladas no âmbito das sessões de mediação.

¹⁶⁵ Problema que a lei não soluciona é o relativo a saber se o levantamento da confidencialidade nos casos legalmente previstos é uma decisão própria do mediador ou se, ao invés, é aplicável por analogia o regime jurídico do sigilo profissional do advogado, devendo o mediador solicitar autorização para revelar as informações que repute como necessárias. A questão assume uma importância acrescida, porquanto a cessação do dever de confidencialidade é admitida com base em cláusulas abertas, devendo densificar-se, por um lado, quando se está perante razões de ordem pública e, por outro lado, quando tal é necessário para a proteção desses interesses. Assim sendo, cabe ao mediador a ponderação dos interesses em jogo, procurando a verificação do direito de necessidade que constituirá causa justificativa. Atente-se que não vigoram normas especiais disciplinares ou deontológicas que subordinem o levantamento do sigilo a uma autorização prévia de certa entidade, ao contrário do que sucede, por exemplo, quanto ao segredo profissional do advogado.

divulgação de aspetos do acordo, havendo, na verdade, argumentos já invocados sobre a obrigatoriedade da publicidade da sentença arbitral que também aqui faz todo o sentido repetir. E assim sendo não fica claro que não se venha a prever a obrigatoriedade de publicação dos acordos tanto dentro do processo como fora dele, tanto os resultantes de transação direta como através de mediação e conciliação, salvaguardando-se a anonimização e os direitos dos titulares de dados de pessoais.

O acesso aos acordos, alcançados fora do processo, já deve hoje ser cumprido nos termos da Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (doravante LADA), designadamente atendendo ao disposto no artigo 6.º, fazendo aplicação do seu n.º 8, no sentido de que os documentos sujeitos a restrições de acesso são objeto de comunicação parcial sempre que seja possível expurgar a informação relativa à matéria reservada.

Como vimos, de um modo geral, a ADR tem vindo a ser acolhida em domínios especiais e os administrados vão lançando mão dela, começando a mesma a ser encarada como correspondente a mecanismos próprios, complementares ou adequados para certo tipo de litigância, típica da justiça administrativa efetiva do século XXI. Há, todavia, que acautelar que a crescente utilização das possibilidades de transação, de arbitragem, de mediação e de conciliação administrativas no domínio dos litígios jurídico-públicos não se traduz numa fuga aos tribunais do Estado tendo em vista evitar o escrutínio democrático, sendo defensável, em suma, que se promova a transparência em seu torno, tanto em razão da proteção dos interesses públicos, como também para promover a respetiva credibilização de resolução alternativa de litígios¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Sobre o tema, em geral, *vd.* o nosso “Aplicação da Convenção na arbitragem administrativa”, *cit.*, pp. 1030 e ss.

2.8. Imparcialidade e independência dos árbitros na arbitragem administrativa

Um dos tópicos que merece reflexão diz respeito aos árbitros e às qualidades que os mesmos devem possuir, os princípios a que obedecem e as suas obrigações, sendo cada vez mais evidenciada a ética a par da imparcialidade e da independência dos árbitros¹⁶⁷.

3. *Algumas notas conclusivas*

O tema é bastante desafiante e há muito para refletir. É importante, em primeiro lugar, trabalhar o âmbito e a extensão do domínio da reserva judicial dos tribunais estatais, tendo em conta a alegada privatização da justiça e a fuga aos tribunais administrativos, e, depois, pensar em soluções iguais para questões e problemas muito semelhantes: *i)* configurar uma proposta normativa sobre mediação pública e arbitragem, uma vez que a Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro) e a Lei de Mediação (Lei n.º 29/2013, de 19 de abril) são insuficientes para responder às necessidades inerentes aos tipos de conflitos público-jurídicos; *ii)* redesenhar a dimensão deontológica do árbitro e do mediador público-jurídico, uma vez que a aplicação, *ex vi* do n.º 4 do artigo 181.º do CPTA, do regime de deveres e impedimentos do árbitro previstos no regime jurídico da arbitragem em matéria arbitrária, com as necessárias adaptações, não nos parece suficiente e satisfatória; *iii)* considerar princípios orientadores a fim de conciliar a confidencialidade com os deveres de publicidade; e *iv)* voltar ao tema da arbitragem necessária (conjugada com cláusulas de renúncia ao recurso jurisdicional).

Julgamos que, quanto ao tema da *mediabilidade* e da *conciliabilidade* e à definição do respetivo âmbito de intervenção e escolha de critérios que permitam identificar o quê, da relação

¹⁶⁷ Sobre o tópico, *vd.* MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e prática arbitral*, *cit.*, pp. 97 e ss.; e ainda NUNO SALAZAR CASANOVA, “Reflexões práticas sobre a ética na arbitragem. Uma introdução ao tema”, e BERNARDO REIS, Reflexões práticas sobre a ética na arbitragem: perspetiva de árbitro”, ambos in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, 2013, respetivamente pp. 63 e ss. e pp. 75 e ss.

jurídico-administrativa, pode caber no âmbito do poder de disposição das partes, importa ao legislador determinar, sendo importante trazer o modelo que dita a arbitrabilidade administrativa: artigos 180.º e 187.º do CPTA. Lembramos que este modelo acolhe um critério legal (a que se junta o da indisponibilidade); nos termos da LAV, surge o critério da patrimonialidade dos interesses. Sobre *mediabilidade* e *conciliabilidade* intraprocessuais existe outro critério: “Quando a causa caiba no âmbito de apreciação das partes” ou transigibilidade sobre o direito controvertido? Litígios objeto de mediação civil e comercial: litígios que, enquadrando-se nessas matérias, respeitem a interesses de natureza patrimonial, ou não tendo natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transação sobre direito controvertido. Em suma, importa adotar um só e único critério. E esta harmonização deve ser realizada por opção legal, com elenco de matérias no quadro do Texto Fundamental, lançando o legislador complementarmente mão dos critérios da transigibilidade das pretensões.

Finalmente, apraz dizer que, se, nos termos do artigo 202.º, n.º 4, da CRP, o legislador pode institucionalizar formas e instrumentos não jurisdicionais de resolução de conflitos, não é certo qual o âmbito dos ADR na justiça administrativa no confronto com o quadro constitucional (e o princípio da reserva da função jurisdicional do juiz administrativo). A par, continuamos a interrogar-nos sobre as matérias que o legislador ordinário não pode afastar dos tribunais do Estado e da jurisdição do juiz administrativo e julgamos poder enumerar as seguintes: questões sancionatórias; questões disciplinares (no emprego público e nas relações especiais de poder); questões relativas a direitos, liberdades e garantias; questões relativas a estrangeiros; questões relativas à defesa e segurança e do domínio militar; questões de contencioso eleitoral (princípio democrático).

Evidenciamos questões muito complicadas. Quisemos deixar registadas precisamente algumas das reflexões que temos vindo a fazer, em outros lugares, sobre tais questões, procurando recordar os limites naturais da utilização de meios alternativos de resolução de litígios jurídico-públicos, no contexto de uma justiça administrativa do século XXI, e, sobretudo, sublinhar as dificuldades que ainda existem no campo da arbitragem em Portugal, embora possamos dizer que, entre nós, a arbitragem jurídico-pública tem vindo a afirmar-se, no panorama de Direito comparado, como modelo de sucesso a seguir.

Bibliografia necessária

- AA.VV., *Arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios*, Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013.
- AA.VV., *Arbitragem administrativa: uma proposta*, Tiago Serrão (coord.), Almedina, Coimbra, 2019.
- AA.VV., *Mediação administrativa: as (im)possibilidades*, Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), Almedina, Coimbra, 2019.
- AA.VV., *Resolução Alternativa de Litígios Jurídico-Públicos. Novas sobre a mediação, a conciliação e a arbitragem administrativas. Estudos em comemoração do 10.º Aniversário do curso de mestrado em Direito Administrativo*, Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), Almedina, Coimbra, 2022.

Bibliografia complementar

- AA. VV., *Mais justiça administrativa e fiscal*, CAAD (coord.), Coimbra, 2010.
- AA.VV., *L'éthique dans l'arbitrage*, Guy Keutgem (coord.), éditions Bruylant, Groupe de Boeck S.A., 2012.
- AA.VV., *Arbitragem e direito público*, Carla Amado Gomes/Domingos Soares Farinho/Ricardo Pedro (coord.), AAFDL, Lisboa, 2015.
- AA.VV., *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Agostinho Pereira de Miranda/Miguel Cancela de Abreu/Paula Costa e Silva/Rui Pena/Sofia Martins (coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.
- AA.VV., *Giustizia Consensuale*, rivista semestrale, diretta da Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli, vol. I, n.º 1, 2021.
- AA.VV., *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, volume especial *Arbitragem Desportiva*, n.º 15, 2021.
- AA.VV., *A Lei da Mediação de Conflitos. Estudos sobre a sua aplicação*, Coordenação, CÁTIA MARQUES CEBOLA, Almedina, Coimbra, 2023.
- ABREU, Miguel Cancell de/CAMPOS, Clara Moreira, “LAV e os novos desafios à mediação”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 161-173.

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 81-95.
- ALMEIDA, Mário Aroso de, “Tópicos sobre o problema do âmbito subjetivo da arbitragem sobre relações jurídicas multilaterais ou poligonais de direito administrativo”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 209-221;
- “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 7-26;
- *Arbitragem e direito administrativo — algumas considerações*, Newsletter do CAAD, n.º 1, 2013;
- “Arbitragem e tribunais administrativos”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, vol. VII, 2014, número especial *Arbitragem e Direito Público*, pp. 47-64.
- “Arbitragem administrativa: presente e futuro”, in *Revista de Direito Administrativo*, 7, 2020, pp. 57-62.
- ANDRADE, José Robin de, “Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa (O projecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e a nova LAV)”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7, 2014, APA, Almedina, Coimbra, pp. 15-28;
- “Balanço de um ano de vigência da nova lei de arbitragem voluntária”, in *VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, 2014, pp. 147-160.
- BAPTISTA, Luiz Olavo, “Confidencialidade na arbitragem”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 197-208.
- BARRETO, Ireneu Cabral, “Direito ao exame da causa publicamente”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, Documentação e Direito Comparado, n.º 75/76, 1998, pp. 149-170.

- BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010;
- *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013;
- *Manual de Arbitragem, LAV de 2011*, revisto e atualizado, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013;
- *Estudos de Direito e prática arbitral*, Almedina, Coimbra, 2017.
- BASTOS, Filipe Brito, “A arbitragem em direito administrativo e o direito fundamental de acesso ao direito nos tribunais portugueses”, in *Arbitragem e Direito Público*, Lisboa, AAFDL, 2015, pp. 75-98.
- BOUSTA, Rhita, *La notion de médiation administrative*, Collection Logiques Juridiques, L’Harmattan, 2021.
- BRANDÃO, Manuel Cavaleiro/SOUSA, Pedro Ferreira de, “Anotação à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de novembro de 1996 (*Nordström vs The Netherlands*)”, in *100 anos de arbitragem. Os casos essenciais comentados*, coleção PLMJ, n.º 9, Coimbra Editora, 2015.
- CABRAL, Margarida Olazabal, “A arbitragem no projeto de revisão do CPTA”, in *Julgar*, n.º 26, 2015, pp. 99-119.
- CARAMELO, António Sampaio, “A competência da competência e a autonomia do tribunal arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, 2013, pp. 291-325;
- *Direito da Arbitragem. Ensaios*, Almedina, Coimbra, 2017.
- CARDOSO, António de Magalhães/NAZARÉ, Sara, “A arbitragem necessária, natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 33-55.
- CARVALHO, Jorge Morais, “A consagração legal da mediação em Portugal”, in *Julgar*, n.º 15, 2011, pp. 271-290.
- CARVALHO, Jorge Morais/PINTO-FERREIRA, João Pedro/CARVALHO, Joana Campos, *Manual de resolução alternativa de litígios de consumo*, Almedina, Coimbra, 2017.
- CASANOVA, Nuno Salazar, “Reflexões práticas sobre a ética na arbitragem. Uma introdução ao tema”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e*

Indústria Portuguesa, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 61-74.

CAVALEIRO, Vasco, “A arbitragem e o poder disciplinar laboral público: uma análise *SWOT*” [anotação à Decisão Arbitral do CAAD de 15/12/2013, Proc. n.º 31/2013-A], in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 135, maio-junho de 2019, pp. 25-38.

CEBOLA, Cátia Marques, *Resolução extrajudicial de litígios. Um novo caminho, a costumada justiça*, Coimbra, 2008;

— “A mediação pré-judicial em Portugal: Análise do Novo Regime Jurídico”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, vol. I/IV, 2010, pp. 441-459;

— *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

CLEMENTE, Domingos José Ascensão, *A imparcialidade no âmbito da atuação do Tribunal Arbitral do Desporto*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/84125>.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, “A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos”, in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1994, pp. 229-263.

— “A Arbitragem dos Litígios entre Particulares e a Administração Pública sobre Situações Regidas pelo Direito Administrativo), in: *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, 2014, pp. 683-720.

— “A representação das pessoas coletivas públicas na arbitragem administrativa”, in *Separata de Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Agostinho Pereira de Miranda/Miguel Cancela de Abreu/Paula Costa e Silva/Rui Pena/Sofia Martins (coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 109-135.

CORTEZ, Francisco, «A arbitragem voluntária em Portugal. Dos “ricos homens” aos tribunais privados», in *O Direito*, ano 124, n.º 4, 1992, pp. 365-404.

CRUZ, ROSSANA MARTINGO, *Mediação familiar: Limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra Editora, Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

DALLA BONTÀ, Silvana, “Giustizia consensuale”, in *Giustizia Consensuale*, rivista semestrale, diretta da Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli, vol. I, n.º 1, 2021, pp. 3-14;

- “Una giustizia «co-esistenziale» online nello spazio giuridico europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-ODR per i consumatori”, in *Giustizia Consensuale*, rivista semestrale, diretta da Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli, vol. I, n.º 1, 2021, pp. 191-245.
- DIAS, Cristina Araújo, *Direito das Sucessões — Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da unidade curricular no Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões*, Universidade do Minho, 2015.
- ESTORNINHO, Maria João (*Contratos da Administração Pública — Esboço de autonomização curricular*, Almedina, Coimbra, 1999).
- FIGUEIRAS, Cláudia, “A arbitragem em matéria de direito público: qual o modelo a seguir?”, in *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 165-185;
- *Justiça Tributária: Prevenção e Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, Coimbra, 2020.
- FONSECA, Isabel Celeste, *Processo temporalmente justo e urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;
- “A arbitragem na contratação pública em Portugal: uma realidade com futuro?”, in *Los retos del poder judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011*, A. J. Pérez-Cruz Martín/X. Ferreiro Baamonde (coord.), Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, A Coruña, 2012, pp. 355-371;
- “A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?”, in *Arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios*, Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 159-178;
- “A arbitragem na contratação pública em Portugal: forma (a)normal de resolver litígios nas PPPS”, in *Tensões entre o público e o privado — Anais do II Encontro Luso-Brasileiro de Direito*, Érico Andrade/Maria Tereza Fonseca Dias (coord.) (II Encontro Luso-Brasileiro de Direito Público, organizado pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, MG, Brasil, em 2013), Editora Fórum, 2015;
- “Das (im)possibilidades da mediação administrativa: dare to fly higher”, *ebook*, FDUP, 2019;

- “*Due process of law vs. arbitragem, publicidade vs. confidencialidade: quis, quid, quando, ubi, cur, quem ad modum, quibus adminiculis*”, in *Estudos de conciliação, mediação e arbitragem: O estado da arte*, Coleção Estudos Jurídicos — Mestrado em Direito Administrativo AEDUM/NEDIP, Braga, 2019, pp. 11-33;
 - “Aplicação da Convenção na arbitragem administrativa”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), vol. II, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 1030-1049.
 - “Mediação administrativa em Portugal: Volvida uma dezena de anos, fica uma centena de possibilidades”, In: *A Lei da Mediação de Conflitos. Estudos sobre a sua aplicação*, CÁTIA MARQUES CEBOLA (coord.), Almedina, Coimbra, 2023, pp. 313-347.
- FONSECA, Isabel Celeste/FIGUEIRAS, Cláudia, “Mediação administrativa e polícia municipal: ensemble (de Portugal)”, in *Convivencia Ciudadana: Mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano*, Paz Lloria García (coord.), Iustel, 2018, pp. 251-276.
- FREITAS, José Lebre de, “Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 625-641.
- GARCÍA PÉREZ, Marta, “La mediación intrajudicial en ejecución de sentencia. El caso del antiguo edificio de Fenosa (A Coruña, España)”, in *Estudos de conciliação, mediação e arbitragem: O estado da arte*, Isabel Celeste Fonseca (coord.), Coleção Estudos Jurídicos — Mestrado em Direito Administrativo AEDUM/NEDIP, Braga, 2019, pp. 87-122.
- GONÇALVES, Pedro Costa, “Administração Pública e arbitragem — em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais”, in *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Fernando Alves Correia (coord.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 777-801;
- “Arbitragem e regulação (a arbitrabilidade dos conflitos regulatórios)”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, vol. VII, 2014, pp. 65-86.
- GOUVEIA, Mariana França, *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015.

- LANDROVE, Juan Carlos, “European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration”, 2006, p. 79, disponível em http://www.landrove.ch/pdf/ECHR_2006_Landrove.pdf.
- LATY, F., “Le TAS marque des points devant la CEDH”, in *Jurisport: la revue juridique et économique du sport*, Juris éditions, Dalloz, 2018, 192, pp. 31-36.
- LOPES, Dulce/PATRÃO, Afonso, *Lei de Mediação comentada*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- LOUSA, Nuno Ferreira, “A escolha de árbitros: a mais importante decisão das partes numa arbitragem?”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 15-54.
- LUCARELLI, Paola, “Mediazione dei conflitti: una *spinta* generosa verso il cambiamento”, in *Giustizia Consensuale*, rivista semestrale, diretta da Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli, vol. I, n.º 1, 2021, pp. 15-30.
- KEUTGEN, Guy, (coord.), *L'éthique dans l'arbitrage*, éditions Bruylant, 2012 [edição traduzida em português, *A ética na arbitragem jurídica*, Edições Piaget, tradução de João Duarte, 2014].
- MAÇÃS, Maria Fernanda, “Notas sobre um modelo adequado de arbitragem administrativo à luz da revisão do CPTA”, CAAD Newsletter, 01, 2015.
- MACHETE, Rui Chancerelle de, “O alargamento do âmbito das matérias sujeitas à arbitragem administrativa no direito português”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 169-184.
- MARQUES, JOÃO PAULO REMÉDIO, *Ação declarativa à luz do código revisto*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, “Notas sobre o procedimento de arbitragem segundo o regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 567-614.
- MARTÍN DIZ, Fernando, *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2018.

- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, “Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragem voluntária *ad hoc*”, in *Estudos em memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 827-841.
- “Constituição do tribunal arbitral e estatuto do árbitro”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, 2012, pp. 221-228.
- MEDEIROS, Rui, “Arbitragem necessária e Constituição”, in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Maria João Antunes (coord.), com a colaboração de Marta Cavaleira, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 1301-1330;
- “Nem oito nem oitenta... A propósito da proposta de uma LAV para as arbitragens administrativas”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, 2020, pp. 68-74.
- MENDES, Armindo Ribeiro, “Os tribunais arbitrais são tribunais, mas não são «tribunais como os outros»”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 57-65.
- MENDES, Sofia Ribeiro, “Organização do processo arbitral e da audiência (visto pela perspectiva dos árbitros)”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 41-62.
- MIRANDA, Jorge, “Apreciação do relatório sobre a disciplina de Organização Administrativa da Saúde apresentado pela Prof.^a Doutora Maria João Estorninho em provas de agregação”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVIII, 2007, pp. 575-584;
- “Apreciação do relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino de uma disciplina de Direito Internacional Público (Processo no Tribunal Internacional de Justiça) apresentado pelo Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia a provas de agregação”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVIII, 2007, pp. 595-604.
- MONTEIRO, António Pedro Pinto, “O *due process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS: sentido, alcance e (frequentes) confusões na matéria”, in *Revista PLMJ Arbitragem*, n.º 2, I, 2018, pp. 75-92;
- “Apresentação”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 15, 2021, volume especial *Arbitragem Desportiva*, pp. 5-6.

- MONTEIRO, António Pedro Pinto/SILVA, Artur Flamínio da/MIRANTE, Daniela, *Manual de Arbitragem*, 1.^a reimpressão, Coimbra, Almedina, 2020.
- MOREIRA, Teresa Coelho, “Direito do trabalho na era digital. Relatório sobre uma Unidade Curricular”, apresentado nos termos do artigo 5.º, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 239/2007, de 19 de junho, para acesso ao título de Agregado na especialidade de Ciências Jurídicas Privatísticas da Escola de Direito da Universidade do Minho, Universidade do Minho, 2021.
- NETO, Dora Lucas, “A jurisdição arbitral administrativa”, in *Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL — Contributo para o presente e futuro dos meios de resolução alternativa de litígios*, Tiago Serrão (coord.), vol. I, AAFDL, Lisboa, 2018, pp. 61-85.
- OTERO, Paulo, “Admissibilidade e limites da arbitragem voluntária nos contratos públicos e nos actos administrativos”, in *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 89-91;
- “Arbitragem interna de litígios de direito público: a publicização da arbitragem interna de direito privado”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, 2012, pp. 179-193.
- PENA, Rui, “O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 235-266.
- PEREIRA, Frederico Gonçalves, “O estatuto do árbitro: algumas notas”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 159-195.
- QUADROS, Fausto, “A arbitragem em direito administrativo”, in *Mais justiça administrativa e fiscal*, CAAD (coord.), Coimbra, 2010, pp. 103-112;
- «Arbitragem “necessária”, “obrigatória”, “forçada”: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos», in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Coimbra, 2012, pp. 257-265;

- “Linhas Gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, vol. VII, 2014, pp. 7-14.
- RAMAJOLI, Margherita, “Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche”, in *Giustizia Consensuale*, rivista semestrale, diretta da Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli, vol. 1, n.º 1, 2021, pp. 123-141.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito Social da União Europeia — Relatório*, Almedina, Coimbra, 2009.
- RENDERS, David/BOMBOIS, Thomas, “La médiation en droit public”, in *La médiation: voie d’avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes?*, actes du colloque du 29 mai 2008, Pierre-Paul Renson (coord.), Centre de médiation du barreau de Charleroi, Colloque, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 141-256.
- ROCHA, Joaquim Freitas da, *Relatório sobre a Unidade Curricular Direito da Despesa Pública*, Universidade do Minho, 2016.
- RULE, Colin, “Reinventing Justice with Online Dispute Resolution”, in *Giustizia Consensuale*, rivista semestrale, diretta da Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli, vol. I, n.º 1, 2021, pp. 169-189.
- SALÉM, Suheil Mahomed, “Arbitragem administrativa: o papel conferido ao Ministério Público no Processo Arbitral”, in *Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 3, n.º 2, 2016, disponível em <https://e-publica.pt/article/34469-arbitragem-administrativa-o-papel-conferido-ao-ministerio-publico-no-processo-arbitral>.
- SILVA, Artur Flamínio da, “A (in)constitucionalidade das custas elevadas e a arbitragem necessária: a propósito de uma jurisprudência recente”, in *Estudos de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 137-160.
- “A mediação no direito administrativo: em defesa da consagração legal de mecanismos compensatórios para a proteção da parte mais fraca”, in: in *Estudos de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 85-114.
- “O estatuto constitucional da arbitragem necessária no Direito Administrativo e o problema das custas do Tribunal Arbitral do Desporto [Anotação ao Ac. do Tribunal

- Constitucional n.º 543/2019, de 16.10.2019, P. 392/18]”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 145, janeiro-março de 2021, pp. 21-47.
- SILVA, Artur Flamínio da/MONTEIRO, António Pedro Pinto, “Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, in *Revista de Direito Civil*, n.º 3, 2016, pp. 701-722.
- SILVA, Paula Costa e, *A nova face da justiça. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;
- “De Minimis Non Curat Praetor: o acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, III, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 287-301.
- SILVA, Suzana Tavares da, “Notas breves sobre o presente e o futuro da arbitragem administrativa em Portugal”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, 2020, pp. 75-78.
- SILVA, Vasco Pereira da, *Ensinar Verde a Direito*, Almedina, Coimbra, 2006.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, “A intervenção de terceiros no processo arbitral”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 919-949.
- STADLER, Astrid, “Außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung — Chance oder Illusion?”, in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1998, pp. 2479-2487.
- VENTURA, Raúl, “Convenção de arbitragem “, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1986, ano 46.º, pp. 289-413.
- VICENTE, Dário Moura, “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2002, ano 43.º, n.º 2, pp. 987-1004.
- VIEIRA, Pedro Siza, “A arbitrabilidade de direito público em Portugal: um ponto de situação”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, vol. VII, 2014, pp. 29-45.
- VILAR, Silvia Barona, *Solución extrajudicial de conflictos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- VILLA-LOBOS, Nuno, “Análise da evolução das políticas públicas de implementação da arbitragem administrativa no CAAD”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, 2020, pp. 62-67.

WISSLER, Roselle, “The effects of mandatory mediation: empirical research of small claims and common pleas courts”, in *Willamette Law Review*, vol. 33, 1997, pp. 565-604.

Outras referências

“Guide sur l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme, Droit à un procès équitable (volet civil), Mis à jour au 31 août 2021”, disponível em https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_fra.pdf.