

**Universidades Lusíada**

Cardoso, José António Martins Lucas, 1964-

**Os modos de solução pacífica de conflitos entre a administração pública e os administrados : a susceptibilidade de mediação pelo Provedor de Justiça**

<http://hdl.handle.net/11067/4351>

<https://doi.org/10.34628/m7cb-ep70>

**Metadados**

|                           |  |
|---------------------------|--|
| <b>Data de Publicação</b> | 2015   |
| <b>Resumo</b>             | O presente texto compreende a análise de dois assuntos específicos no âmbito da solução pacífica de conflitos entre as autoridades administrativas e os administrados. A primeira questão consiste em indagar se o Estado de Direito, com a concepção que lhe é reconhecida nos primórdios do século XXI, comporta a existência de meios de solução pacífica de conflitos diversos da jurisdição estadual, enquanto num segundo momento procuramos saber qual a intervenção que o Provedor de Justiça poderá constituir... |
| <b>Palavras Chave</b>     | Provedores de justiça - Portugal   |
| <b>Tipo</b>               | article  |
| <b>Revisão de Pares</b>   | Não  |
| <b>Coleções</b>           | [ULL-FD] LD, s. 2, n. 14 (2015)  |

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-14T19:20:37Z com informação proveniente do Repositório

---

# OS MODOS DE SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS ADMINISTRADOS A SUSCEPTIBILIDADE DE MEDIAÇÃO PELO PROVIDOR DE JUSTIÇA<sup>1</sup>

José Lucas Cardoso<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente texto compreende a análise de dois assuntos específicos no âmbito da solução pacífica de conflitos entre as autoridades administrativas e os administrados. A primeira questão consiste em indagar se o Estado de Direito, com a concepção que lhe é reconhecida nos primórdios do século XXI, comporta a existência de meios de solução pacífica de conflitos diversos da jurisdição estadual, enquanto num segundo momento procuramos saber qual a intervenção que o Provedor de Justiça poderá constitucional, legal e legitimamente assumir neste contexto.

Assim, importa à partida averiguar qual o tratamento que a *Lei Fundamental* confere aos mecanismos de composição de litígios, nomeadamente quais as estruturas organizatórias competentes para desempenhar esta tarefa num sistema político com

---

<sup>1</sup> O presente texto consiste na versão reformulada de uma *informação* elaborada pelo autor, em 2008, no âmbito das funções de Adjunto do Gabinete do Provedor de Justiça que exerceu entre Julho de 2002 e Novembro de 2008, quando era titular do cargo o Dr. Henrique do Nascimento Rodrigues. O escopo da consulta consistia em averiguar se a Provedoria de Justiça preenche os requisitos constitucionais e legais para funcionar como centro institucionalizado de solução pacífica de conflitos entre as autoridades administrativas e os administrados e a presente versão do texto mantém, quer nos métodos de análise, quer nas conclusões, fidelidade ao texto original. A opção pela publicação parcial, circunscrita aos aspectos institucionais, é consequência das alterações legislativas em sede de *justiça administrativa* e de *resolução alternativa de litígios* haverem afectado as matérias abordadas na parte material da *informação*, a ponto do seu *aggiornamento* para efeito de publicação implicar uma profunda descaracterização do espírito e do texto originais. As alterações agora introduzidas circunscrevem-se à mera actualização das referências bibliográficas e normativas. Apesar da génese institucional, o teor do presente artigo não vincula a Provedoria de Justiça, assumindo o signatário integralmente a responsabilidade pelas posições sustentadas no texto. Agradecemos ao Dr. Nascimento Rodrigues a autorização, concedida em Dezembro de 2008, para publicação que, por força de outros compromissos, só agora é exequível.

<sup>2</sup> Doutor em Direito. Professor da *Universidade Lusíada de Lisboa* e do *Instituto Politécnico de Lisboa*. Investigador do *CEDIS* e do *CEJEA*.

separação de poderes e ainda em que consiste, materialmente, a actividade de solução pacífica de conflitos que a doutrina juspublicista integrou na Teoria do Estado sob a denominação de função jurisdicional.

O cerne da nossa análise consiste na verificação da admissibilidade de composição de litígios entre a Administração Pública e os administrados por meios não jurisdicionais, em especial no caso português, considerando as insuficiências do contencioso administrativo tradicional perante os novos modos de actuação das autoridades administrativas nos Estados contemporâneos.

Averiguar se o Provedor de Justiça poderá constituir uma *alternativa* válida e eficaz aos centros institucionalizados de solução pacífica de conflitos configura o escopo último da reflexão que agora submetemos à publicidade crítica.

**Palavras-chave:** Organização judiciária; função jurisdicional; reserva de juiz; contencioso administrativo; meios *alternativos* de solução pacífica de conflitos; Provedor de Justiça.

**Abstract:** This paper comprises the analysis of two specific matters within the peaceful settlement of disputes between administrative authorities and administered. The first question is to ask if the rule of law, with a design that is recognized him in the early XXI century, implies the existence of peaceful means of various conflicts of state jurisdiction, while a second moment we want to know which intervention the Ombudsman may constitutional, legal and legitimately assume in this context.

It is therefore important at the outset determine what treatment the *Constitution* confers on dispute settlement mechanisms, including which competent organics structures to perform this task in a political system with separation of powers and even that is materially solving activity peaceful conflict that Public Law doctrine incorporated in the State Theory under the name of the judicial function.

The core of our analysis is the evaluation of the admissibility of settlement of disputes between the Public Administration and administered by non-judicial means, particularly in the Portuguese case, considering the shortcomings of the traditional administrative litigation before the new mode of action of the administrative authorities in the contemporary States.

Ascertain if the Ombudsman could serve as a valid and effective *alternative* to institutionalized centers of peaceful conflict resolution sets the final scope of reflection that now submit to the critical advertising.

**Keywords:** Judicial organization; judicial function; judge reserves; administrative litigation; alternative means of peaceful conflict resolution; Ombudsman.

## 1. Introdução

A administração da justiça constituiu, sem dúvida, um dos aspectos nucleares da edificação e consolidação do Estado, pleonasticamente dito moderno<sup>3</sup>. A importância que a matéria assumiu no âmbito da configuração

---

<sup>3</sup> Sobre a questão terminológica acerca dos impropriamente denominados tipos históricos de Estado, cfr., JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A dimensão cultural do Estado – Contributo para uma análise do*

da organização institucional das comunidades políticas é recordada pelos historiadores do Direito ao constatarem que “quando uma comunidade se organiza, isto é, se dota de órgãos e institui cargos e funções, uma das tarefas que sem dúvida tem assumido em toda a história maior importância e acuidade é a de resolver os conflitos entre os homens e punir os actos que a consciência comum e os padrões vigentes reprovam e condenam”<sup>4</sup>. A esta ordem de medidas sobrejazeu a ideia de interdição da *vindicta privata* na medida em que “vedando aos particulares o recurso à (própria) força, o Estado obriga-se naturalmente, através dos órgãos adequados (os tribunais), a conceder a todo o titular do direito violado a providência necessária à reintegração desse direito”<sup>5</sup>.

Apesar de, num primeiro momento, a implantação de um aparelho judiciário na organização institucional das comunidades estaduais ter constituído um expediente de afirmação do grau civilizacional de uma sociedade na medida em que facultou aos respectivos membros uma forma de solução pacífica dos conflitos que inevitavelmente surgem no âmbito das relações pessoais que se estabelecem em qualquer comunidade humana, num momento posterior constituiu um meio de afirmação do poder da coroa no âmbito do sistema político. Objectivo que foi atingido, quer pela constituição de um monopólio da faculdade de julgar a favor dos tribunais régios<sup>6</sup>, iniciada no *ancien régime* e acolhida pela Revolução Francesa<sup>7</sup>, quer pela afectação ao monarca absoluto do poder de reapreciar em última instância as sentenças emanadas por esses mesmos tribunais, que em bom rigor administravam a justiça em nome do rei<sup>8</sup>.

O liberalismo e a teoria da separação dos poderes que suportou dogmaticamente este movimento político exigiram uma nova reflexão sobre o fundamento e a natureza do poder judicial. A novel concepção do Estado determinou que o poder do monarca absoluto fosse repartido por vários órgãos observando, pelo menos no plano dos princípios, o critério da especialização

---

*Estado cultural e dos direitos e deveres culturais na Constituição da República Portuguesa*, Coimbra, 2013, inédito, vol. I, p. 21 e ss.

<sup>4</sup> RUY DE ALBUQUERQUE e MARTIN DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, vol. I, tomo I, Lisboa, policopiado, 1983, p. 458.

<sup>5</sup> J. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 3/4.

<sup>6</sup> Sobre esta questão, cfr. novamente RUY DE ALBUQUERQUE e MARTIN DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, p. 458 e ss.; cfr. ainda PIERRE-YVES MONETTE, *Justice et médiation, in La Libre Belgique*, edição de 24 de Janeiro de 2004, p. 1, texto disponível na internet em [www.federalombudsman.be/Artikels/Justice%20et%20médiation.html](http://www.federalombudsman.be/Artikels/Justice%20et%20médiation.html). Sobre a construção do sistema judicial oficial em Portugal, cfr. ANTÓNIO HESPANHA, *As vésperas do Leviathan – Instituições e poder político – Portugal – séc. XVII*, Coimbra, Livraria Almedina, 1994, p. 439 e ss.

<sup>7</sup> No sentido da Revolução haver assimilado em larga escala as estruturas políticas e administrativas do *ancien régime*, cfr. ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *O antigo regime e a Revolução* (tradução portuguesa de Laurinda Bom e Félix Teixeira), Lisboa, Editorial Fragmentos, 1989, p. 47 e ss.

<sup>8</sup> JORGE MIRANDA, *Ciência Política*, Lisboa, policopiado, 1983/84, p. 122/123; cfr. ainda, ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, *Curso de Ciência da Administração* (Sumários e notas), Porto, policopiado, 1999, p. 51.

funcional, isto é, cada órgão do Estado passou a desempenhar uma só função e cada uma das funções do Estado passou a estar confiada a um único órgão<sup>9</sup>. Deste modo, foi necessário proceder à delimitação do conteúdo específico de cada uma das funções do Estado soberano por forma a circunscrever a competência de cada um dos órgãos desta comunidade política agora estruturada sob a forma de pessoa colectiva<sup>10</sup>. As concepções da função jurisdicional como a tarefa “de dizer qual é o Direito, nos termos da ordem jurídica estabelecida”<sup>11</sup> e dos magistrados como *les bouches qui prononcent les paroles de la loi*<sup>12</sup> integram este legado liberal em matéria de separação de poderes.

A teoria orgânico funcional da separação de poderes exigia a afectação da função jurisdicional a um único órgão, ou pelo menos, a um conjunto homogéneo de órgãos diversos do Parlamento e da Coroa, uma vez que estes ficariam incumbidos das funções legislativa e administrativa, respectivamente<sup>13</sup>. Em consequência, no que concerne ao assunto em apreço, a edificação do Estado em matéria de solução pacífica de conflitos atingiu o seu estado de pureza absoluta no momento em que a estrutura orgânica da magistratura coincidiu na sua plenitude com o domínio material da jurisdição. A ordem jurídica acolheu esta orientação conferindo dignidade constitucional a uma reserva de função jurisdicional a favor dos tribunais<sup>14</sup>, reconhecendo-a como um dos subprincípios concretizadores da dimensão material do princípio do Estado de Direito<sup>15</sup>.

Analísada em termos meramente introdutórios a evolução e consolidação dos modos institucionalizados de solução pacífica de conflitos no contexto das comunidades estaduais, definimos como objectivo da análise subsequente indagar, em primeiro lugar, (i) se o Estado de Direito, com a concepção que lhe é reconhecida nos primórdios do século XXI, comporta a existência de meios de solução pacífica de conflitos diversos da jurisdição estadual e, num segundo momento, (ii) qual a intervenção que o Provedor de Justiça poderá constitucional, legal e legitimamente assumir neste contexto.

---

<sup>9</sup> Cfr. CHARLES DE MONTESQUIEU, *Do espírito das leis* (tradução portuguesa de Miguel Morgado), Lisboa, Edições 70, 2011, p. 305 e ss.

<sup>10</sup> Sobre a personalidade jurídica do Estado, cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. II, Lisboa, Verbo Editora, 1984, col. 1151 e ss.

<sup>11</sup> A expressão é de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A reserva constitucional da jurisdição*, in *O Direito*, ano 123.º, n.º 1, p. 465.

<sup>12</sup> CHARLES DE MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, p. 313.

<sup>13</sup> Cfr. ainda CHARLES DE MONTESQUIEU, *idem*, p. 309 e ss.

<sup>14</sup> Cfr. artigo 202.º, n.º 1, da *Constituição da República Portuguesa (CRP)*; os artigos da CRP mencionados seguem a numeração introduzida pela *Lei Constitucional n.º 1/2005*, excepto menção expressa em contrário).

<sup>15</sup> Neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO que se pronuncia no sentido da “função jurisdicional dever constituir “monopólio” dos juizes” e ainda de “jurisdição e magistratura serem conceitos relacionados e reciprocamente condicionados”, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 2002, p. 574.

Colocadas as hipóteses de trabalho nestes termos, importa à partida averiguar qual o tratamento que a *Lei Fundamental* confere aos mecanismos de composição de litígios e, na sequência, importa nomeadamente indagar quais as estruturas organizatórias competentes para desempenhar esta tarefa num sistema político com separação de poderes e ainda em que consiste, materialmente, a actividade de solução pacífica de conflitos que a doutrina juspublicista integrou na Teoria do Estado sob a denominação de função jurisdicional. Seguramente, é este o caminho mais adequado à análise do tema na medida em que, conforme verificamos anteriormente, a configuração institucional do *Estado aparelho*<sup>16</sup> foi edificada sobre o pressuposto da reserva do monopólio da faculdade de julgar aos órgãos do próprio Estado e certamente não é alheia a esta pré-compreensão a expressão *meios alternativos de solução de conflitos*. Com efeito, o uso desta expressão denuncia que a comunidade política aceita que o modo *ordinário* de composição dos litígios que vierem a ocorrer entre elementos seus consiste no exercício do poder de julgar por um tribunal estadual, enquanto os restantes meios institucionais existentes no âmbito do Estado com objectivo de atingir a paz social surgiram como soluções alternativas àquela que esteve associada à construção deste tipo histórico de comunidade humana<sup>17</sup>.

## 1. O enquadramento constitucional dos mecanismos de solução pacífica de conflitos

### i) A fase do monopólio da jurisdição estadual

Se compulsarmos as várias Constituições portuguesas, verificamos que os textos históricos do nosso Direito Constitucional acompanharam o percurso da modernidade no que concerne ao enquadramento dos modos de solução pacífica de conflitos consubstanciado na consagração de um corpo único de magistrados, com carácter permanente, incumbidos do exercício do poder judicial<sup>18</sup>. A institucionalização do aparelho judiciário pelos constituintes portugueses recebeu ainda o contributo da teoria liberal da separação de poderes na medida em que estes demonstraram a tendência para estabelecer, embora nem sempre de modo expresso, a independência do poder judicial relativamente aos demais poderes do Estado<sup>19</sup>.

Contudo, seria necessário aguardar pela *Constituição da República Portuguesa de 1976* para que o legislador constituinte ousasse *ensaiar*<sup>20</sup> uma caracterização

<sup>16</sup> A expressão é de DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, col. 1129.

<sup>17</sup> Sobre a formação do Estado, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A dimensão cultural do Estado*, max. p. 26 e ss. e autores aí citados.

<sup>18</sup> Cfr. artigos 177.º e ss. da *Constituição de 1822*, 120.º e ss. da *Carta Constitucional*, 123.º e ss. da *Constituição de 1838*, 57.º e ss. da *Constituição de 1911*, 116.º da *Constituição de 1933* e 215.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>19</sup> Cfr. artigos 176.º e ss. da *Constituição de 1822*, 118.º e ss. da *Carta Constitucional*, 123.º e ss. da *Constituição de 1838*, 56.º e ss. da *Constituição de 1911*, 156.º e ss. da *Constituição de 1933* e 203.º da *CRP*.

<sup>20</sup> A expressão é empregue neste preciso contexto por J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL

material da função jurisdicional ao estabelecer que “na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”<sup>21</sup>. Assim, apenas século e meio após a revolução liberal e a consequente proclamação do *sacrossanto* princípio da separação de poderes, o legislador constituinte assumiu e realizou a tarefa de delimitar materialmente a função jurisdicional e desse modo circunscrever o âmbito desta actividade relativamente às demais funções do Estado: política, legislativa e administrativa<sup>22</sup>.

Quanto ao teor e ao alcance da solução constitucional, a leitura do artigo 202.º, n.º 2, revela a posição *ecléctica*<sup>23</sup> assumida pelo legislador constituinte na definição do substracto da função jurisdicional ao desdobrá-la em três áreas distintas: a (i) justiça administrativa, com a referência à missão de “defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”, a (ii) justiça criminal, porque lhe afecta a tarefa de “repressão das infracções da legalidade democrática” e ainda a (iii) justiça cível, visto que a incumbe de “dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”<sup>24</sup>.

Apesar da densificação do conceito constitucional de função jurisdicional não ser questão pacífica no seio da comunidade científica, podemos adoptar alguns critérios indiciários que se afiguram adequados à realização dessa tarefa, como a assimilação do (i) *acquis* doutrinário densificador do conceito, a delimitação dos (ii) casos especialmente previstos na Constituição como reserva de jurisdição e a formulação de (iii) um entendimento exigente acerca do princípio do Estado de Direito Democrático<sup>25</sup>. Assim sendo, a interpretação do artigo 202.º, n.º 2, da *Lei Fundamental* revela que, no tocante à (i) densificação doutrinariamente adquirida do conceito de função jurisdicional, a *communis opinio doctorum* vai no sentido de considerar que “a solução de conflitos de interesses é o núcleo histórico da actividade jurisdicional”<sup>26</sup>. Por seu turno, quanto à delimitação material da

---

MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, anotação VII ao artigo 202.º

<sup>21</sup> Cfr. artigo 206.º do texto inicial da CRP; actualmente corresponde ao artigo 202.º, n.º 2.

<sup>22</sup> Sobre as funções do Estado na *Constituição da República Portuguesa*, cfr., por todos, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, Livraria Cruz, 1979, p. 235, e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 7 e ss.

<sup>23</sup> A expressão é de JOÃO DE CASTRO MENDES, *Anotação ao artigo 206.º da Constituição da República Portuguesa*, in JORGE MIRANDA (coordenação), *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 396.

<sup>24</sup> Quanto a este aspecto, seguimos a posição de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, anotação VII ao artigo 202.º

<sup>25</sup> Citamos os aspectos que GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA aconselham a ponderar para densificação do conceito constitucional de função jurisdicional, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, anotação VIII ao artigo 202.º

<sup>26</sup> Neste sentido, AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, policopiado, 1976, p. 44 e J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A reserva constitucional da jurisdição*, p. 468; cfr.

função jurisdicional (ii) realizada pelo legislador constituinte verificamos que o texto constitucional consagra expressamente a reserva de jurisdição para as decisões que envolvam a privação da liberdade<sup>27</sup>, a aplicação de outras sanções criminais, ou de medidas de segurança<sup>28</sup>, as decisões de extradição de cidadãos estrangeiros<sup>29</sup>, de entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade<sup>30</sup>, de tutela de menores<sup>31</sup>, de dissolução de associações<sup>32</sup> e de apreciação da regularidade e da validade dos actos do processo eleitoral<sup>33</sup>.

Analisada a dimensão substantiva da função jurisdicional, devemos ter ainda em consideração que a *Constituição da República Portuguesa* regula também a organização e funcionamento das estruturas organizatórias que a exercem, isto é, dos tribunais<sup>34</sup>, em obediência aos princípios constitucionais da (i) “reserva ou exclusividade constitucional quanto à formação, composição, competência e funcionamento dos órgãos de soberania” e (ii) “da precedência da lei constitucional, relativamente a eventuais competências ou atribuições dos órgãos de soberania conferidas por lei ordinária”<sup>35</sup>. Quanto a estes “órgãos de soberania”<sup>36</sup> que a *Lei Fundamental* incumbe de “administrar a justiça em nome do povo”<sup>37</sup>, vigora o princípio da especialização das jurisdições na medida em que o mesmo texto constitucional consagra a existência de um “sistema judicial não unitário”, isto é, “constituído por várias categorias ou ordens de tribunais, separadas entre si, com a sua estrutura e regime próprios”<sup>38</sup>. Quanto aos titulares da função, o texto constitucional consagra os princípios da independência<sup>39</sup>, da

---

ainda os acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 71/ 84, de 4 de Julho (Diário da República, II série, de 2 de Janeiro de 1985) e n.º 104/ 85, de 26 de Junho (D.R. II de 2 de Agosto de 1985).

<sup>27</sup> Cfr. artigos 27.º, n.º 2, e 28.º, n.º 1, da CRP.

<sup>28</sup> Cfr. artigo 29.º, n.º 1, da CRP.

<sup>29</sup> Cfr. artigo 33.º, n.º 4, da CRP.

<sup>30</sup> Cfr. artigo 34.º, n.º 2, da CRP.

<sup>31</sup> Cfr. artigo 36.º, n.º 6, da CRP.

<sup>32</sup> Cfr. artigo 46.º, n.º 2, da CRP.

<sup>33</sup> Cfr. artigo 113.º, n.º 7, da CRP.

<sup>34</sup> Cfr. artigos 209.º a 214.º da CRP.

<sup>35</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, anotação VI ao artigo 110.º

<sup>36</sup> Cfr. artigo 110.º, n.º 1, da CRP.

<sup>37</sup> Cfr. 202.º, n.º 1, da CRP; no que concerne à legitimidade dos juizes, a doutrina afirma unanimemente que apesar do imperativo constitucional, dirigido aos tribunais, de administrarem a justiça em nome do povo, não existe qualquer vínculo de representação política entre os titulares destes órgãos de soberania e os cidadãos, cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, anotação II ao artigo 202.º, JORGE MIRANDA, *Ciência Política*, p. 71, e ÁLVARO LABORINHO LÚCIO, *O poder judicial na transição*, in MÁRIO BAPTISTA COELHO, *Portugal – O Sistema Político e Constitucional 1974/87*, Lisboa, s.d. (mas 1989), p. 742.

<sup>38</sup> Cfr. artigo 209.º da CRP e, no plano doutrinário, GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, anotação I ao artigo 209.º

<sup>39</sup> Cfr. artigo 203.º; o alcance da independência dos juizes pode ser aferido nas palavras de J. OLIVEIRA ASCENSÃO quando afirma que “não é só a magistratura que é independente; cada juiz é dentro dela independente, no âmbito da sua competência”, defendendo que, “neste sentido, (...) cada

inamovibilidade<sup>40</sup>, da irresponsabilidade<sup>41</sup> e da exclusividade<sup>42</sup> dos magistrados no exercício da função jurisdicional.

O aspecto fulcral da *Constituição da República Portuguesa* no que concerne ao regime jurídico da função jurisdicional consiste, no entanto, na definição do âmbito de conexão entre as dimensões material e orgânica desta função do Estado. Questão em que, aliás, a *Lei Fundamental* portuguesa não difere da generalidade das Constituições típicas dos *Estados contemporâneos*<sup>43</sup> ao consagrar, como princípio geral, a reclamada solução da coincidência absoluta entre o universo material da jurisdição e o domínio orgânico da magistratura, positivada no enunciado “os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”<sup>44</sup>.

Apesar de sufragar unanimemente a bondade do princípio da coincidência entre jurisdição e magistratura, a doutrina diverge, no entanto, quando ao alcance efectivo deste princípio, de tal modo que é possível identificar, “dentro do princípio da reserva da jurisdição aos tribunais, duas vertentes: (i) a garantia do recurso a juízo contra os actos de quaisquer outras entidades e (ii) a reserva do juiz, do tribunal ou da jurisdição”<sup>45</sup>. A título de concretização das teses enunciadas, podemos adiantar que enquanto para a (i) primeira corrente a possibilidade de recurso a tribunal em qualquer fase do litígio é suficiente para garantir a reserva de jurisdição, “desde que a pronúncia do tribunal seja a decisiva”<sup>46</sup>, a (ii) segunda posição “exige que as matérias jurisdicionais só sejam confiadas aos tribunais”, invocando a necessidade de “uma verdadeira reserva ou monopólio do juiz, quanto à actividade jurisdicional, em relação a outros órgãos do Estado”<sup>47</sup>.

A relevância da questão para o assunto em análise prende-se com a circunstância de, no caso de prevalência do entendimento da reserva de juiz

---

juiz é titular da totalidade da jurisdição”, *A reserva constitucional da jurisdição*, p. 467.

<sup>40</sup> Cfr. artigo 216.º, n.º 1.

<sup>41</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

<sup>42</sup> Cfr. *idem*, n.º 3.

<sup>43</sup> Sobre o teor desta expressão, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A dimensão cultural do Estado*, vol. I, p. 108 e ss.

<sup>44</sup> Cfr. artigo 202.º, n.º 1 da CRP (itálico nosso). A consagração constitucional de uma reserva de juiz no que respeita ao aspecto organizatório e a coincidência desta reserva orgânica com a reserva de função jurisdicional materialmente considerada é identificada por JORGE MIRANDA como “um postulado ou requisito do Estado de Direito”, *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura e princípios fundamentais*, Lisboa, Livraria Petrony, 1978, p. 476; em sede de direito comparado, cfr., por todos, artigo 92.º da *Dutscher Gundgesetz*, artigo 117.º, n.º 1, da *Constitución Española* e artigo 102.º, § 1.º, da *Costituzione della Repubblica Italiana*.

<sup>45</sup> Cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *idem*, p. 470; sobre esta questão, cfr. ainda, selectivamente, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 583 e ss. e PAULO CASTRO RANGEL, *Reserva de jurisdição – Sentido dogmático e sentido jurisprudencial*, Porto, Universidade Católica Editora, 1997, p. 37 e ss., max. 62 e ss., e ainda *Repensar o poder Judicial – Fundamentos e fragmentos*, Porto, Universidade Católica Editora, 2001, p. 291 e ss.

<sup>46</sup> A expressão é de J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*.

<sup>47</sup> Usamos outra expressão de J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*.

como a garantia da intervenção deste na fase decisiva do processo, nenhum motivo decorrente do princípio estruturante do Estado de Direito obstar a que os cidadãos e as pessoas colectivas possam obter solução para os seus conflitos através de meios alternativos aos tribunais estaduais com a certeza que as decisões dirimentes revestem o mesmo valor que aquelas que são proferidas pelos órgãos de soberania, pelo menos em primeira instância, no exercício da função jurisdicional.

ii) A revisão constitucional de 1989 e a abertura à institucionalização de meios não jurisdicionais de solução pacífica de conflitos

Com a entrada em vigor da *Lei Constitucional* n.º 1/89, o enquadramento conferido pela Lei Fundamental aos mecanismos de solução pacífica de conflitos conheceu nova configuração que, de certo modo, representou um desvio à tradição do constitucionalismo português. Assim, com a regra constitucional da coincidência entre jurisdição e magistratura, expressa no enunciado “os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”<sup>48</sup>, passou a coexistir uma outra que consubstancia uma permissão ao legislador ordinário para “institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de litígios”<sup>49</sup>.

A revisão constitucional de 1989 veio assim colocar ao intérprete a tarefa de compatibilizar estes dois preceitos constitucionais, que numa primeira leitura se afiguram como antagónicos, na medida em que os princípios hermenêuticos da “unidade da Constituição” e da “concordância prática ou harmonização” mandam, respectivamente, que a *Lei Fundamental* “seja interpretada de forma a evitar contradições” e que se proceda à “coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”<sup>50</sup>.

Sem embargo do reconhecimento da riqueza dos argumentos envolvidos na querela doutrinária mencionada anteriormente sobre a dimensão da reserva de juiz, considerando que o legislador constituinte manifestou abertura à possibilidade de institucionalização de *instrumentos e formas alternativas de solução de conflitos* por via da lei ordinária e simultaneamente manteve em vigor a reserva de magistratura para o exercício da jurisdição<sup>51</sup>, a solução constitucionalmente adequada para a demarcação do espaço de coincidência entre as reservas de

---

<sup>48</sup> Cfr. novamente artigo 202.º, n.º 1 (itálico nosso).

<sup>49</sup> Cfr. artigo 202.º, n.º 4, da CRP; neste caso, a Assembleia da República, em sede de revisão constitucional, veio apenas conferir suporte constitucional à orientação que adoptara três anos antes ao nível da legislação ordinária com a aprovação da primeira *Lei da Arbitragem Voluntária* (*Lei* n.º 31/86, de 29 de Agosto).

<sup>50</sup> Sobre os princípios de interpretação da Constituição, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1207 e ss. e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 296 e ss.

<sup>51</sup> Referimo-nos ao artigo 202.º, n.º 1, da CRP.

jurisdição e de magistratura não poderá deixar de consistir na suficiência da intervenção do juiz num determinado litígio apenas a título de *última*, desde que naturalmente decisiva, *palavra*<sup>52</sup>. Assim sendo, por argumento extraído *a contrario sensu*, num primeiro momento, ou numa primeira fase, será legítimo aos litigantes buscarem a solução para o pleito através dos denominados meios alternativos. Os (i) “casos constitucionais de reserva judicial”<sup>53</sup> e ainda as (ii) situações nas quais a controvérsia tenha por objecto um direito ou bem jurídico cuja apreciação por entidades não jurisdicionais arrepie ao princípio estruturante do Estado de Direito<sup>54</sup> constituem excepções a este princípio, pois nestes casos a *Lei Fundamental* consagra uma reserva total ou absoluta de juiz<sup>55</sup>.

A averiguação dos órgãos competentes, para além dos tribunais estaduais, para o exercício da actividade, materialmente jurisdicional, de composição de litígios é outra questão merecedora do labor do intérprete na medida em que a *Lei Fundamental* não especifica qual o modo de concretização adequado dos *instrumentos e formas alternativas de solução de conflitos*. Sobre esta questão, o legislador constituinte não especifica, nomeadamente, se os meios alternativos deverão ser concretizados através de mecanismos de composição de litígios com natureza pública, com natureza privada ou com natureza cooperativa<sup>56</sup>.

## 2. As manifestações privilegiadas dos modos alternativos de solução pacífica de conflitos nas sociedades actuais

### i) As manifestações nos domínios tradicionais

Se o Estado instituiu uma organização judiciária a funcionar em regime de monopólio que substituiu os instrumentos que durante a Idade Média permitiram às comunidades humanas alcançar e manter a paz social, a sobrevivência de sociedades não estruturadas organicamente, como a Sociedade Internacional,

---

<sup>52</sup> A expressão *última palavra* é empregue por J. OLIVEIRA ASCENSÃO, embora chegue a uma conclusão acerca da reserva de juiz diversa daquela que aqui sustentamos, *A reserva constitucional da jurisdição*, p. 484.

<sup>53</sup> Cfr. artigos 27.º, n.º 2, 29.º, n.º 1, 33.º, n.º 2 e 7, 34.º, n.º 2, 36.º, n.º 6, 46.º, n.º 2 e 113.º, n.º 7, da CRP.

<sup>54</sup> O critério é proposto por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, cfr. *supra*.

<sup>55</sup> Cfr. o critério de classificação dos níveis de reserva de jurisdição consagrados na Constituição da República Portuguesa proposto por PAULO CASTRO RANGEL que se pronuncia em sentido aproximado aquele que é defendido no texto, *Reserva de jurisdição*, p. 62 e ss.

<sup>56</sup> Em sentido aproximado, cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, anotação XII ao artigo 202.º; ainda quanto a esta questão, conforme recorda PIERRE YVES MONETTE, na Bélgica “a mediação conheceu as suas primeiras aparições no sector público, com a criação, ao nível federal, regional e comunal, do Ombudsman ou Médiateur encarregado de resolver gratuitamente os conflitos que entre os administrados e a administração”, *Justice et médiation*, p. 1.

assim como a especificidade de certas relações sociais, como é o caso das relações laborais massificadas, impediram que o *Leviathan* aniquilasse totalmente o acervo cultural da nossa civilização no que concerne aos *modos alternativos*, isto é, diversos da jurisdição dos tribunais estaduais, de solução pacífica de conflitos<sup>57</sup>.

Assim, no âmbito da Sociedade Internacional verificamos que, além do recurso à *via judicial*, a *negociação*, o *inquérito*, os *bons officios*, a *mediação*, a *conciliação* e a *arbitragem* constituem métodos aceites e empregues pelas *Nações civilizadas*<sup>58</sup> para solucionarem os seus conflitos<sup>59</sup>. Se quisermos transmitir uma noção minimamente ilustrativa de cada um destes conceitos, podemos, na esteira do ensino de JOAQUIM SILVA CUNHA, identificar a *negociação* como o modo de solução de conflitos pelos próprios litigantes por via diplomática<sup>60</sup>. O *inquérito*, por seu turno, ainda segundo ensina SILVA CUNHA, é um expediente que começa pela submissão dos termos de um conflito “ao exame de *comissários independentes*, designados pelas partes, cuja missão é apurar quais os factos materiais que suscitam o conflito, sem tomar qualquer posição quanto ao fundo da questão” e num segundo momento, “os Estados partes procurarão resolver o conflito cujas causas foram esclarecidas pelo inquérito”<sup>61</sup>. Os *bons officios* consistem na “intervenção amigável de uma terceira potência com o fim de levar os Estados em conflito a procurar uma solução pacífica”<sup>62</sup>. A *mediação* que, à semelhança do método anterior, “tem por objectivo que os Estados envolvidos num conflito consigam para ele, por negociações, uma solução pacífica” mas, neste caso, “os mediadores intervêm directamente nas negociações”<sup>63</sup>. A *conciliação*, por seu turno, comporta uma primeira fase durante a qual uma comissão independente vai “definir os factos que estiveram na origem do conflito, à semelhança do que sucede no inquérito, mas neste caso a comissão vai além dessa investigação pois “deve examinar os aspectos jurídicos do diferendo e propor para ele, às partes uma solução aceitável”<sup>64</sup>. Por último, a *arbitragem* consiste na “resolução do litígio entre os Estados por juizes da sua escolha e na base do respeito pelo Direito”<sup>65</sup>.

As relações colectivas de trabalho fornecem também exemplos de vários métodos de solução não jurisdicional de conflitos e embora, neste caso, existam

---

<sup>57</sup> Para obter uma perspectiva sumariíssima da evolução dos meios alternativos de solução de litígios, cfr. AVI SCHNEEBALG, *Uma breve história da mediação*, in JOSÉ VASCONCELOS SOUSA, *Mediação*, Coleção *O que é?*, Lisboa, Quimera Editores, 2002, p. 34 e ss.

<sup>58</sup> Usamos a expressão com o sentido que lhe é atribuído pelo artigo 38.º, n.º 1, c), do *Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça*.

<sup>59</sup> Cfr. a enumeração não taxativa consagrada no artigo 33.º, n.º 1, da *Carta das Nações Unidas*.

<sup>60</sup> JOAQUIM SILVA CUNHA, *Direito Internacional Público - Relações Internacionais*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1990, p. 171.

<sup>61</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>62</sup> Cfr. *idem*, p. 172.

<sup>63</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>64</sup> Cfr. *idem*, p. 172/173.

<sup>65</sup> Cfr. artigo 37.º da *Convenção da Haia* de 18 de Outubro de 1907.

algumas diferenças entre os ordenamentos nacionais, os *procedimentos-tipo*<sup>66</sup> para o tratamento dos conflitos colectivos de interesses são a *conciliação*, a *mediação* e a *arbitragem*. Neste contexto, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES define *conciliação* como uma “negociação assistida”, na qual, “além das partes, participa uma terceira entidade (...) que se incumbe de auxiliar os interlocutores a encontrarem uma plataforma de acordo”<sup>67</sup>. A negociação assistida constitui também o cerne da actividade de *mediação* mas neste caso “o mediador desempenha um papel mais activo na medida em que deverá formular uma proposta negocial que submete à apreciação das partes para efeitos de aceitação”<sup>68</sup>. A *arbitragem* apresenta em comum com as modalidades anteriores a “intervenção de uma terceira entidade mas o objectivo já não consiste na procura de uma solução acordada para o conflito pois ao árbitro, ou à comissão arbitral, cumpre emitir uma decisão vinculante para as partes”<sup>69</sup>.

ii) As manifestações nos novos domínios da Sociedade Civil

A divulgação que estes instrumentos de prossecução da paz social conheceram nos finais do século XX surgiu paralela, e em certa medida proporcionalmente, ao declínio do *Welfare State* na medida em que a privatização de algumas actividades económicas consubstanciadas dos denominados serviços públicos essenciais e a submissão das relações entre prestadores e utentes destes serviços a regimes jurídicos de Direito privado, *maxime* Comercial, criou um acréscimo de conflitualidade em relação àquela que se verificava num sistema de fornecimento de bens e serviços em regime de monopólio e submetido ao Direito Administrativo<sup>70</sup>. A divulgação dos meios alternativos foi, assim, motivada essencialmente pela necessidade de agilizar a solução de conflitos no âmbito das relações entre entidades privadas, essencialmente em novos domínios da vida para os quais os juizes dos tribunais judiciais não estariam especialmente motivados, ou mesmo habilitados, ou então nos casos em que os próprios tribunais simplesmente não estariam apetrechados para responder, em termos quantitativos, ao acréscimo de processos que a juridificação destas matérias implicou<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> A expressão é de A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Livraria Almedina, 2014, p. 789.

<sup>67</sup> Cfr. *ibidem* e artigos 523.º e ss. do *Código do Trabalho*.

<sup>68</sup> Cfr. *ibidem* e artigos 526.º e ss. do *Código do Trabalho*.

<sup>69</sup> Cfr. *idem*, p. 790 e artigos 505.º e ss. do *Código do Trabalho*.

<sup>70</sup> Sobre esta questão, cfr. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente*, in *Estudos de Direito Público*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 173 e ss.

<sup>71</sup> Cfr. preâmbulos do *Decreto-lei n.º 425/86*, de 27 de Dezembro, e da *Resolução do Conselho de Ministros n.º 175/2001*, de 28 de Dezembro. Em sentido aproximado aquele que é sustentado no texto, PIERRE-YVES MONETTE refere que a multiplicação de formas de mediação é uma consequência da alteração de mentalidades no sentido de aceitar como necessária a solução de litígios por métodos

Os casos em apreço compreendem, em primeiro lugar, matérias relacionadas com direitos dos consumidores que as relações comerciais massificadas colocam em situação de desvantagem perante as entidades grandiosas e com estrutura complexa que operam a título permanente no circuito de produção e distribuição de bens e serviços<sup>72</sup>. Neste contexto, a generalização dos meios alternativos afigurou-se adequada à obtenção de soluções mais rápidas e com exigência de menor número de formalidades em relação àquelas que previsivelmente seriam necessárias para solucionar o mesmo conflito nos tribunais judiciais e, desse modo, revelou-se um expediente importante para assegurar a defesa dos consumidores. Com efeito, a morosidade da tramitação judicial tende a beneficiar sempre a entidade mais poderosa<sup>73</sup> na medida em que a solução do conflito apresentará inevitavelmente menor relevância para a sua actividade e para o seu património que para a satisfação das necessidades da parte mais fraca e, por outro lado, a complexidade do mesmo processo, nomeadamente pela necessidade de realização de diligências predominantemente formais cuja sequência não é sequer apreensível com facilidade pelo cidadão comum, apresenta-se mais familiar a uma entidade dotada de um corpo permanente de juristas especializados que a um utilizador que se apresenta esporadicamente nas lides judiciais.

Outro caso paradigmático são os litígios que envolvam interesses conexos com matérias que constituem apanágio da sociedade industrial, como a poluição ambiental ou a sinistralidade automóvel, mereceram também a criação de foro próprio. A análise destes casos exige normalmente a realização de exames periciais que pressupõem conhecimentos técnicos aprofundados e de especialização elevada, *insígnia* de difícil obtenção pelo juiz da comarca cujo centro de interesses se circunscreve habitualmente à leitura dos códigos civil, comercial e penal<sup>74</sup>.

Por outro lado ainda, algumas relações sociais já conhecidas da humanidade desde tempos anteriores, como são as relações familiares, lograram obter instâncias vocacionadas para a solução dos conflitos ocorridos no seu âmbito na medida em que se entendeu necessária uma proximidade entre julgador e partes processuais, assim como a realização de um diálogo interdisciplinar, que o juiz

---

mais suaves que os tradicionais, motivada, por um lado, pela obstáculos apresentados pelas vias clássicas e, por outro lado, pela denominada crise do sistema de regulação social, *De la médiation, comme mode de résolution de conflits, et de ses différentes applications*, in *Administration publique – Revue de Droit Public et des Sciences Administratives*, n.º 99/1, Bruxelles, 2000, p. 1, texto disponível na internet em [www.federalombudsman.be/Franse%20web/Publications.htm](http://www.federalombudsman.be/Franse%20web/Publications.htm).

<sup>72</sup> Neste sentido MARCOS PERESTRELLO recorda que “em Portugal, a arbitragem institucionalizada nasceu e cresceu sob a égide das associações e organismos ligados à defesa dos direitos dos consumidores”, *A arbitragem institucionalizada: três passos para o seu desenvolvimento*, in *Resolução alternativa de litígios – Colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE*, Lisboa, 2006, p. 13.

<sup>73</sup> Neste sentido, embora num contexto mais restrito, JOÃO CAUPERS defende que “a lentidão dos processos nos tribunais administrativos favorece a administração que pode contar com os prazos e os aditamentos para ir poupando o “seu” dinheiro”, *A arbitragem nos litígios entre a Administração pública e os particulares*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 18, p. 7.

<sup>74</sup> No mesmo sentido, embora num contexto mais amplo, JOÃO CAUPERS, *ibidem*.

da comarca também não consegue manter do alto da sua *torre de marfim*<sup>75</sup>.

iii) Os primórdios do acolhimento na ordem jurídica portuguesa

O acolhimento continuado do método da arbitragem para a solução de conflitos referentes às novas situações da vida em apreço e os resultados obtidos proporcionaram o aparecimento, ao nível das comunidades estaduais, de um fenómeno paralelo aquele que um século antes ocorrera na Sociedade Internacional: a implantação de mecanismos de arbitragem institucionalizada<sup>76</sup>. Assim, a primeira *Lei da Arbitragem Voluntária* abriu as portas à existência de centros institucionalizados de arbitragem de conflitos desde que criados em conformidade com um regime geral a definir pelo Governo<sup>77</sup>.

O programa contido neste preceito foi concretizado pelo X Governo Constitucional com a aprovação do *Decreto-lei n.º 425/86*, de 27 de Novembro, regulador do procedimento de criação de centros de arbitragem institucionalizada, em cujo preâmbulo se anunciava estar encontrado um dos caminhos possíveis “para desbloquear a actividade dos tribunais” e se fazia profissão de fé nas “virtualidades de realização de uma justiça igualmente certa e dignificada”, atendendo aos resultados obtidos noutros Estados em que foram ensaiadas experiências análogas<sup>78</sup>. Se compulsarmos os aspectos substantivos do diploma, verificamos que relevam os requisitos da representatividade da entidade requerente no âmbito do sector em que pretende actuar e da sua idoneidade para a prossecução da actividade que se propõe realizar<sup>79</sup>. As exigências afiguram-se compreensíveis pois, à semelhança do que acontece nos meios diplomáticos, onde é reconhecido que *só tem autoridade para fazer a paz quem tem força para fazer a guerra*, também nestes casos é necessário que a entidade que se propõe solucionar um litígio seja reconhecida pacificamente como adequada para o efeito no âmbito da actividade económica ou da classe profissional correspondente, sob pena de não ser reconhecida a *autoritas* das suas decisões e, em consequência, dos operadores no sector não manifestarem interesse em enveredar pela arbitragem ou, numa hipótese não menos preocupante, da adesão dos interessados ser meramente aparente e a sua resistência apenas se manifestar no momento da execução do laudo.

---

<sup>75</sup> Neste sentido, PIERRE-YVES MONETTE considera que a divulgação dos meios alternativos de solução de conflitos é um sintoma e uma consequência da crise do funcionamento do aparelho judiciário característico do Estado moderno e da falta de confiança da Sociedade Civil em relação a este, *Justice et médiation*, p. 1.

<sup>76</sup> Sobre a implantação da arbitragem na Sociedade Internacional, cfr. J. SILVA CUNHA, *Direito Internacional Público*, p. 164/165 e JEAN TOUSCOZ, *Direito Internacional* (tradução portuguesa de Nuno Canas Mendes), Lisboa, Publicações Europa-América, 1994, p. 346 e ss.

<sup>77</sup> Cfr. artigo 38.º da *Lei n.º 31/86*, de 29 de Agosto; solução legislativa que encontra continuidade no artigo 62.º da nova *Lei da Arbitragem Voluntária (LAV; Lei n.º 63/2011*, de 14 de Dezembro).

<sup>78</sup> Cfr. preâmbulo do *Decreto-lei n.º 425/86*, de 27 de Novembro, § 1.

<sup>79</sup> Cfr. *idem*, artigo 2.º

Após a entrada em vigor deste diploma, foram criados centros de arbitragem permanente para dirimir conflitos em matérias de âmbito geral e ainda em matérias específicas como comércio e indústria, consumo, desporto, assuntos laborais, obras públicas e particulares, propriedade e arrendamento, profissões liberais, propriedade intelectual, publicidade, sector automóvel e valores mobiliários<sup>80</sup>. No quadro das entidades promotoras dos centros de arbitragem institucionalizada encontramos associações representativas de actividades económicas, associações de consumidores, associações e ordens profissionais, federações desportivas e faculdades de Direito.

Um outro meio alternativo de solução de conflitos, a *mediação*, foi implantado no sistema jurisdicional português em 2001 com a criação dos julgados de paz<sup>81</sup>. Estes órgãos, apesar de serem verdadeiros tribunais<sup>82</sup>, e nesse sentido exercem a função jurisdicional<sup>83</sup>, colocam ao dispor dos cidadãos serviços que podemos qualificar por *complementares* à sua função nuclear e que permitem a solução de conflitos por meios alternativos ao exercício da jurisdição. Com efeito, a lei prevê a existência de um serviço de mediação em cada julgado de paz que disponibiliza aos interessados a adopção da mediação como forma alternativa de resolução de litígios<sup>84</sup>.

A utilização deste serviço de mediação, a funcionar junto dos julgados de paz, poderá ocorrer em duas circunstâncias. A primeira consiste na possibilidade facultada aos litigantes de acordarem na adopção deste método numa fase *pré-contenciosa* do processo como forma de solucionar o conflito sem a realização de julgamento, nomeadamente de audiência, mas com a certeza de poderem obter solução para esse mesmo conflito pelo exercício do poder judicial no caso da mediação não conduzir à celebração de acordo sobre o objecto do processo<sup>85</sup>. Contudo, os serviços de mediação a funcionar junto dos julgados de paz poderão intervir ainda sempre que as pessoas envolvidas num litígio acordarem no recurso a este serviço independentemente de terem submetido a apreciação dos

---

<sup>80</sup> Uma lista completa dos centros de arbitragem autorizados pelo Ministério da Justiça no final do ano de 2015 pode ser consultada em [http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/arbitragem/anexos-arbitragem/centros-de-arbitragem4174/downloadFile/attachedFile\\_f0/Lista\\_dos\\_CA\\_autorizados\\_pelo\\_MJ\\_-\\_26-08-2015.pdf?nocache=1441793015.53](http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/arbitragem/anexos-arbitragem/centros-de-arbitragem4174/downloadFile/attachedFile_f0/Lista_dos_CA_autorizados_pelo_MJ_-_26-08-2015.pdf?nocache=1441793015.53).

<sup>81</sup> Para uma análise dos vários sistemas de relacionamento entre a administração da justiça e a mediação, cfr. DIANA C. DROULERS, *A mediação na América Latina*, in JOSÉ VASCONCELOS SOUSA, *Mediação*, p. 93, onde a autora distingue entre a Mediação independente, a Mediação dentro dos tribunais e a Mediação dependente dos tribunais.

<sup>82</sup> Cfr. artigo 209.º, n.º 2, da CRP (o texto do preceito em vigor é o resultante da Revisão Constitucional de 1997, quando foi introduzida a figura dos julgados de paz na organização judiciária portuguesa).

<sup>83</sup> As decisões proferidas pelos julgados de paz têm o valor de sentença proferida por tribunal de 1.ª instância, nos termos do artigo 61.º da *Lei de organização, competência e funcionamento dos julgados de paz (LJP; Lei n.º 78/2001*, de 13 de Julho, com as alterações introduzidas pela *Lei n.º 54/2013*, de 31 de Julho).

<sup>84</sup> Cfr. artigo 16.º, n.º 1, da LJP.

<sup>85</sup> Cfr. artigos 49.º e ss. da LJP.

termos do litígio ao julgado de paz e independentemente do julgado de paz ser competente para apreciar o litígio<sup>86</sup>.

Se quisermos caracterizar substantivamente a actividade de *mediação*, podemos identificá-la, sem prejuízo de análise mais detalhada posterior, como “a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”<sup>87</sup>, sendo este último, por sua vez, “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”<sup>88</sup>.

### 3. A admissibilidade de composição de litígios entre a Administração Pública e os administrados por meios não jurisdicionais

i) O método clássico de controlo da actividade da Administração pública: o recurso de anulação

Conforme pudemos verificar, a *lição* da História revela-nos que a utilização dos denominados meios alternativos foi aceite para solução pacífica de conflitos entre sujeitos que se encontram em posição de igualdade, pelo menos formal, como é o caso dos sujeitos com personalidade jurídica internacional, quando actuam no contexto das relações internacionais, enquanto no âmbito do Estado a utilização de tais mecanismos foi aceite para solução de conflitos entre pessoas humanas e / ou pessoas colectivas de natureza privada e apenas sobre assuntos regulados pelo Direito privado<sup>89</sup>.

À parte deste movimento de *desjudicialização* da actividade de composição de litígios permaneceu inicialmente o controlo da actividade da Administração Pública, onde até momento recente não se havia verificado qualquer movimento de *fuga aos tribunais administrativos*<sup>90</sup>. Se observarmos o percurso de evolução dos instrumentos e das formas de solução pacífica de conflitos no âmbito das relações jurídico-administrativas, verificamos que este tem conhecido algum desfasamento temporal relativamente aos seus homólogos dirimentes de litígios privados, um pouco à semelhança do que ocorreu no ordenamento substantivo. Com efeito, assim como as relações entre o cidadão e o poder político se mantiveram *imunes* às regras do ordenamento jurídico sensivelmente até à

---

<sup>86</sup> Cfr. artigo 16.º, n.º 3, da LJP.

<sup>87</sup> Cfr. artigo 2.º, a), da *Lei da mediação* (Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril).

<sup>88</sup> Cfr. *idem*, b).

<sup>89</sup> Cfr. *supra*, neste sentido, JOÃO CAUPERS, *A arbitragem nos litígios entre a Administração pública e os particulares*, p. 4.

<sup>90</sup> A expressão é de JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os contratos administrativos e a arbitragem*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, p. 17.

Revolução Francesa, decorridos cerca de dois séculos, os conflitos eventualmente resultantes dessas mesmas relações, agora tuteladas pelo Direito (Constitucional, Administrativo, Tributário, ...), continuam a ser apreciados preferencialmente por órgãos estaduais de controlo da juridicidade<sup>91</sup>.

A orientação mencionada foi, em certa medida, proporcionada pelo *modus faciendi* das autoridades administrativas que se circunscrevia à adopção de actos administrativos, que por definição consistem numa decisão unilateral<sup>92</sup>, praticados dentro das suas competências legalmente definidas, as quais por força da configuração dos sistemas políticos se encontravam especialmente limitadas pela lei do Parlamento nas matérias respeitantes à liberdade e à propriedade dos cidadãos<sup>93</sup>, e cuja motivação consistia na aplicação da lei aos casos concretos submetidos à sua apreciação. Assim, se recordarmos a evolução do controlo da actuação das autoridades administrativas desde o final do *ancien régime*, verificamos que numa primeira fase esta actividade esteve a cargo da própria Administração pública pois os impropriamente denominados tribunais administrativos, criados pela Revolução<sup>94</sup>, mais não eram que órgãos da Administração pública especialmente incumbidos do controlo da actividade das autoridades integrantes da Administração activa, em obediência à máxima *segundo a qual julgar a Administração era ainda administrar*<sup>95</sup>. Quanto ao aspecto metodológico, assim como as autoridades administrativas actuavam pela via do acto administrativo unilateral, definitivo e executório<sup>96</sup>, os jovens tribunais administrativos privilegiavam o método da anulação das decisões das autoridades administrativas *se e na medida* em que estas violassem uma norma integrante do universo que MAURICE HAURIUO denominou por *bloc de légalité*<sup>97</sup>.

---

<sup>91</sup> Sobre o princípio constitucional da juridicidade da actividade da Administração pública e os motivos da preferência por esta denominação em detrimento da tradicional expressão “princípio da legalidade”, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Do problema dos conceitos indeterminados no Direito Administrativo – Para um análise dos limites funcionais da jurisdição administrativa*, in *Polis – Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, n.º 1, 1994, p. 38, e autores aí citados.

<sup>92</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, Livraria Almedina, 2014, p. 241 e ss. e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2011, p. 130.

<sup>93</sup> Cfr., por todos, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987, p. 79 e ss. MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei – A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Porto, Universidade Católica Editora, 1996, p. 113 e ss.

<sup>94</sup> Cfr. contudo a observação de ALEXIS DE TOCQUEVILLE para quem os tribunais administrativos mais não foram que um legado do *ancien régime*, *O antigo regime e a Revolução*, p. 63 ss.

<sup>95</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, p. 1327, MÁRIO NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 30, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Contencioso Administrativo*, Lisboa, policopiado, 1990, p. 21 e ss. e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Para um contencioso administrativo dos particulares*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 5 e ss.

<sup>96</sup> Cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, p. 26 e ss.

<sup>97</sup> Cfr. PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo* (tradução portuguesa de A. J. Pinto Loureiro

Desta concepção jacobino-rousseauiana do contencioso administrativo decorria a insusceptibilidade dos tribunais administrativos dirimirem litígios entre a Administração pública e os administrados, cuja existência se negava, uma vez que o objectivo do contencioso administrativo consistia tão somente na reposição da legalidade da actuação da Administração pública e esta era assegurada simplesmente pela anulação dos actos administrativos ilegais. O recurso de anulação funcionava, segundo a descrição de MAURICE HAURIUO, como um processo contencioso de “introspecção administrativa, uma espécie de acção pública ou popular, o indivíduo que a intentava agia no interesse de todos e a sua posição no processo era a de um ministério público, efectuando a repressão de uma infracção e não a de uma parte material”<sup>98</sup>. Em suma, “a finalidade do recurso de anulação não era a protecção dos indivíduos face à Administração, mas apenas o modo de esta controlar a legalidade dos seus actos, servindo-se da ajuda do particular. É o particular que está ao serviço do processo administrativo a fim de se obter uma actuação administrativa mais consentânea com a lei e não o processo que está ao serviço do particular para a defesa dos seus direitos”<sup>99</sup>.

A integração dos tribunais administrativos na organização judiciária do Estado<sup>100</sup> não alterou *per se* este *modus faciendi* do contencioso administrativo na medida em que a metamorfose orgânica não produziu alterações nas leis de processo que consagravam como objectos imediato e mediato do processo, respectivamente, o acto administrativo praticado no âmbito de uma administração agressiva e a anulação do mesmo para cumprimento da ordem jurídica vigente e da efectivação do primado do Parlamento sobre a Administração pública<sup>101</sup>.

---

e M.<sup>a</sup> G. Ferreira Pinto), Coimbra, Livraria Almedina, 1977, p. 116 e ss.; no sentido do escopo da actividade dos tribunais administrativos tradicionalmente “não [ser] a resolução de conflitos entre a administração pública e os particulares mas o controlo da conformidade dos actos administrativos com a lei que lhes servia tanto como fonte de legitimidade, como de limite”, pronuncia-se JOÃO CAUPERS, *A arbitragem nos litígios entre a Administração pública e os particulares*, p. 5.

<sup>98</sup> MAURICE HAURIUO, cit. por V. PEREIRA DA SILVA, *Para um contencioso administrativo dos particulares*, p. 69.

<sup>99</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *ibidem*.

<sup>100</sup> Cfr. artigo 209.º, n.º 1, b), CRP. No contexto da presente análise, afigura-se irrelevante averiguar se a integração dos tribunais administrativos no poder judicial em Portugal ocorreu com a reforma de 1930, como defendiam JOSÉ CARLOS MOREIRA e AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, que sustentavam que aquela reforma judiciária havia transformado estes órgãos em tribunais especiais, ou se os denominados tribunais administrativos continuaram integrados na Administração pública, como defendia MARCELLO CAETANO, e apenas foram integrados no poder judicial por força da *Constituição da República Portuguesa de 1976*; sobre este debate doutrinário sobre a natureza jurídica dos tribunais administrativos esgrimido durante o Estado Novo, cfr. J. SÉRVULO CORREIA, *Contencioso Administrativo*, p. 141 e ss. e ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, *Direito Administrativo II – A protecção jurisdiccional dos cidadãos perante a administração pública*, Coimbra, policopiado, 1987, p. 37 e ss.

<sup>101</sup> Segundo DIOGO FREITAS DO AMARAL, o binómio *acto administrativo / recurso de anulação* configura o contencioso administrativo por natureza, o “contencioso administrativo essencial, aquele que corresponde à essência do Direito Administrativo (...) a resposta típica do Direito Administrativo à necessidade de organizar uma garantia sólida e eficaz contra o acto administrativo ilegal e contra o regulamento ilegal, isto é, contra o exercício ilegal do poder administrativo por via unilateral”, *Direito*

ii) As insuficiências do contencioso administrativo perante os novos modos de actuação das autoridades administrativas

A Administração pública sofreu, no entanto, profundas transformações, como recapitula DIOGO FREITAS DO AMARAL quando descreve a evolução da organização institucional do Estado português nos últimos dois séculos e constata que o *panorama* passou “de um Direito Administrativo incipiente e incaracterístico até ao mais vasto sector da ordem jurídica positiva vigente; de um Administração pública predominantemente municipal à supremacia completa da administração estadual; de um Governo com apenas seis ministérios até aos Governos com vinte departamentos ministeriais e com cinquenta ou sessenta Ministros, Secretários de Estado e Subsecretários; de um modelo administrativo quase exclusivamente constituído pela administração estadual directa e pelos municípios até ao modelo complexo e diversificado da administração indirecta, dos institutos personalizados e das regiões autónomas; de um sistema administrativo assente na centralização do poder e na concentração das competências até um sistema que se pretende descentralizado, desconcentrado, participado e regionalizado; de uma administração essencialmente “administrativa” a uma administração também económica, social e cultural; de uma administração abstencionista a um aparelho administrativo votado ao intervencionismo ou até ao dirigismo; de um poder político conservador ou liberal ao Estado social ou mesmo socializante dos nossos dias; de um Estado-administrador público ao Estado-empresário; de uma função pública restrita a uns poucos milhares de funcionários até ao imponente conjunto de meio milhão de servidores do Estado; e, enfim, da Monarquia constitucional e da República liberal assentes numa sociedade agrária, passando pela ditadura “corporativa” de transição, até à democracia “socialista” projectada para uma sociedade industrial e urbana – as transformações foram, de facto, enormes e muito fundas. O Direito Administrativo, enquanto ramos de direito objectivo, reflecte-as nitidamente, talvez como nenhum outro”<sup>102</sup>.

Se as mutações ocorridas em matéria de organização administrativa desde o início do liberalismo tornaram irreconhecível a configuração do *Estado aparelho*<sup>103</sup>, então a diversificação dos métodos de actuação que a Administração pública foi adoptando ao longo do século XX deixaram de permitir a identificação de uma relação jurídico-administrativa apenas pela natureza dos sujeitos intervenientes, isto é, deixou de ser indício bastante para a qualificação da uma relação jurídica como administrativa a circunstância de um dos seus sujeitos ser uma autoridade administrativa e do seu conteúdo ser determinado pelo teor de uma decisão,

---

*Administrativo*, vol. IV, Lisboa, policopiado, 1998, p. 76.

<sup>102</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de uma disciplina de Direito Administrativo*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXVI, 1985, p. 268/269.

<sup>103</sup> Usamos novamente uma expressão de DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, col. 1129.

denominada *acto administrativo*, adoptada por esta última<sup>104</sup>.

A primeira grande alteração no modo da doutrina pensar o Direito Administrativo, e correlativamente da Administração pública agir no exercício das tarefas que lhe estavam confiadas, surgiu com o aparecimento do conceito de serviço público na época em que “a Administração procura estabelecer as infra-estruturas rodoviárias, fluviais e ferroviárias, em que se desenvolvem o gás e, mais tarde, a electricidade, em que a assistência e a higiene se tornaram missões de interesse geral” e que representou a primeira cedência do Estado-de-polícia perante o Estado-providência<sup>105</sup>. A partir daqui *nada mais voltou a ser como dantes* pois ao lado de uma actividade agressiva mediante a qual a Administração pública continuou legitimada a praticar actos administrativos que condicionavam o exercício da actividade dos cidadãos e das pessoas colectivas com vista a assegurar a ordem pública, as mesmas autoridades administrativas “tomaram directamente a seu cargo a satisfação de necessidades de interesse geral e começaram a gerir elas próprias as actividades correspondentes”<sup>106</sup>.

Ora, a satisfação de uma necessidade pública não é passível de ser alcançada exclusivamente através dos métodos clássicos de actuação das autoridades administrativas. Com efeito, no exercício de tarefas de gestão já não está em causa a mera avaliação das condutas desejadas pelos administrados e a verificação daquelas que são conformes, ou pelo menos compatíveis, com a ordem pública aceite pela comunidade política e expressa na lei vigente, pois a realização das novas tarefas da Administração pública exige quer a celebração de contratos (administrativos, civis, comerciais,...), por definição bilaterais<sup>107</sup>, quer a realização de operações materiais.

Assim, apesar de algumas vozes críticas que começaram por sustentar a impossibilidade lógica do Estado soberano se vincular por negócio jurídico à realização de uma prestação<sup>108</sup>, as autoridades administrativas passaram a relacionar-se com os administrados também através do contrato administrativo<sup>109</sup>. À partida, o contrato foi utilizado largamente no modelo de gestão de serviços públicos em sistema de exploração directa, também denominada *régie*<sup>110</sup>, na medida em que as autoridades administrativas passaram a desempenhar um conjunto de tarefas quotidianas análogas às de

---

<sup>104</sup> Sobre esta questão, cfr., ainda e por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, p. 161 e ss.

<sup>105</sup> PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo*, p. 21.

<sup>106</sup> PROSPER WEIL, *idem*, p. 38.

<sup>107</sup> Neste sentido, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 647.

<sup>108</sup> Sobre esta questão, cfr. ANTÓNIO BARBOSA DE MELO e FERNANDO ALVES CORREIA, *Contrato Administrativo*, Coimbra, policopiado, 1984, p. 6 e ss., e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, p. 197 e ss.

<sup>109</sup> Neste sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, p. 537 e ss., cfr. bibliografia aí citada.

<sup>110</sup> Cfr. PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo*, p. 41.

uma entidade empresarial e daí a necessidade de assegurarem por via de negócio jurídico o cumprimento das prestações que lhes eram devidas por terceiros no processo de produção e distribuição de bens, *v.g.*, água, gás, transportes, comunicações. Subsequentemente, esta figura jurídica foi utilizada, com escopo diverso, em finais do século XIX, num período marcado pelo progresso tecnológico consequente à revolução industrial em que a sociedade civil sufragava a circunscrição da actividade do Estado às suas tradicionais tarefas, isto é, justiça e segurança<sup>111</sup>, mas simultaneamente reclamava a intervenção do mesmo Estado para a realização de grandes obras destinadas à criação de *infra-estruturas*, alegando o interesse geral das mesmas. Neste contexto, o contrato de concessão surgiu como uma figura jurídica adequada a associar entidades privadas, primeiro à realização de obras públicas e posteriormente à exploração de bens do domínio público, assim como de actividades económicas reservadas ao sector público por força de Constituição ou de lei<sup>112</sup>.

A conjuntura vivida posteriormente motivou ainda o aparecimento de novas formas de intervenção da Administração pública como foram os casos das tarefas de planeamento urbano com vista à reconstrução das cidades europeias destruídas no final II Guerra Mundial e de revitalização das actividades comerciais e industriais devastadas pelo mesmo conflito<sup>113</sup>. Estas tarefas não se circunscreveram à mera regulação jurídica ou ao fomento económico na medida em que o Estado e as demais entidades públicas passaram a assumir directamente o encargo de realização destas tarefas e daí que a actuação das autoridades administrativas tivesse extravasado a mera utilização de instrumentos jurídicos e passasse também a consubstanciar-se na realização de operações materiais<sup>114</sup>.

Por último, as reivindicações da sociedade civil que marcaram a génese da quarta geração dos direitos fundamentais<sup>115</sup> implicaram que a Administração pública alterasse os seus procedimentos decisórios por forma a permitir, em certa medida, a intervenção dos interessados na adopção das suas próprias decisões, em obediência ao princípio da democracia participativa<sup>116</sup>.

---

<sup>111</sup> Cfr., por todos, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional*, p. 229 e ss.

<sup>112</sup> Para uma sùmula dos motivos determinantes da progressiva utilização do contrato administrativo como modo de actuação das autoridades administrativas, cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, p. 197 e ss.

<sup>113</sup> Neste sentido, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Livraria Almedina, 2010, p. 59.

<sup>114</sup> Cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, p. 659 e ss.

<sup>115</sup> Sobre a quarta geração de direitos fundamentais, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A dimensão cultural do Estado*, vol. II, p. 345 e ss.

<sup>116</sup> Neste sentido, PEDRO MACHETE, *A audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1995, p. 337 e ss., e LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *O Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental – Para uma tutela preventiva do ambiente*, Coimbra, Livraria Almedina, 1998, p. 107 e ss.

Se, como acabamos de verificar, no âmbito do Direito substantivo *à nossa volta tudo mudou*<sup>117</sup>, importa ainda averiguar se estas mudanças conheceram paralelo no campo do Direito adjectivo. Neste contexto, verificamos que enquanto “o período clássico do Direito Administrativo tinha visto alargar a protecção do cidadão contra o executivo: a atenção dirigia-se, então, para as condições de admissibilidade e os vícios que fundamentavam o recurso por *excès de pouvoir*, assim como para os pressupostos da responsabilidade administrativa, por outras palavras, para o controlo jurisdicional da administração”<sup>118</sup>, a partir do momento em que a Administração pública passou a agir por métodos diversos do acto jurídico unilateral, o legislador e a doutrina sentiram necessidade de repensar o modo de assegurar os direitos dos cidadãos<sup>119</sup>. Certamente que este conjunto de preocupações não esteve alheio do pensamento de JOÃO CAUPERS quando afirmou que “no princípio, um técnico do direito (sobretudo, os “pais” do direito administrativo, como foram os membros do Conselho de Estado francês) era bem capaz de resolver qualquer litígio em matéria administrativa: tratava-se, quase sempre, de anular actos de autoridade, “contaminados” por excesso de poder. Nos dias de hoje as coisas são muito mais complexas: ao monopólio do contencioso administrativo pelo *processo feito ao acto*, na clássica expressão de EDOUARD LAFERRIÈRE<sup>120</sup>, sucedeu uma diversidade de processos, capazes de servir de instrumento jurisdicional de regulação das relações jurídicas administrativas heterogéneas. Num mundo de complexidade crescente, o juiz administrativo tem de enfrentar conflitos cuja resolução exige conhecimentos técnicos cada vez mais sofisticados. Ser um técnico de direito, mesmo excepcional, já não basta”<sup>121</sup>. O juiz administrativo passou, deste modo, a ser chamado a decidir questões relacionadas com o cumprimento de contratos administrativos que nalguns casos pressupõem a avaliação dos aspectos financeiros do acordo, nomeadamente a análise da relação *custo / benefício*<sup>122</sup>, assim como a avaliação da actividade relacionada com as tarefas da Administração pública relacionadas com o planeamento urbano,

---

<sup>117</sup> A expressão proferida por ROGÉRIO SOARES, no final dos anos sessenta do século XX, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969, p. 5, não perdeu actualidade tendo em conta a *revolução permanente* ocorrida na Administração pública e no Direito Administrativo deste então.

<sup>118</sup> PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo*, p. 32.

<sup>119</sup> Neste sentido, JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL estabelece um paralelo entre a fuga da Administração pública para o Direito privado, no que concerne ao método de actuação das autoridades administrativas, e a fuga para a arbitragem, em matéria de solução de conflitos, *Os contratos administrativos e a arbitragem*, p. 17.

<sup>120</sup> Sobre esta questão, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, p. 1326 e ss., cfr. ainda, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 423 e ss.

<sup>121</sup> JOÃO CAUPERS, *A arbitragem nos litígios entre a Administração pública e os particulares*, p. 7.

<sup>122</sup> Sobre esta questão foi pioneiro o acórdão *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux v. Ville de Bordeaux*, em cujos termos, e com arrimo na teoria da imprevisibilidade, o Conseil d'Etat decidiu pela possibilidade de alteração unilateral do contrato desde que assegurado o equilíbrio financeiro do mesmo, cfr. *Arrêté do Conseil d'Etat de 30 de Março de 1916*.

com o ordenamento do território, com a defesa do ambiente, com a preservação dos recursos naturais ou com a valorização do património cultural, pressupõe a realização de peritagens que exigem conhecimentos que extravasam a Ciência do Direito, nomeadamente conhecimentos próprios das ciências exactas.

iii) A conflitualidade jurídico administrativa e os meios alternativos de composição de litígios

A questão que importa neste momento indagar é a da susceptibilidade dos litígios decorrentes das relações jurídico-administrativas especialmente complexas quando comparadas com o binómio clássico *acto administrativo / estado de sujeição do administrado* serem também eles resolvidos por meios alternativos àquela que tradicionalmente era a única reacção *lógica e legalmente* admitida contra o acto administrativo: o recurso por ilegalidade. Neste contexto, importa indagar da abertura manifestada pelo texto constitucional à implementação desta solução e, em caso afirmativo, de averiguar quais as entidades habilitadas para o exercício desta actividade, assim como da exequibilidade de adopção de uma forma de solução de litígios que não o método clássico da anulação por ilegalidade no âmbito das relações jurídico-administrativas quando estas continuam a pressupor que as autoridades administrativas se encontram habilitadas a emitir comandos unilaterais ainda que estes sejam adoptados por métodos distintos ou em circunstâncias diversas daquelas que se verificavam no período clássico do Direito Administrativo, como a adopção da decisão no termo de um procedimento que permite a participação dos interessados ou a prática de actos administrativos inseridos numa relação contratual.

A conflitualidade no âmbito das relações entre a Administração pública e os cidadãos começou por ser analisada no âmbito da Ciência da Administração a propósito da caracterização dos modelos de Administração pública e mesmo neste contexto a questão apenas mereceu a atenção dos autores a partir do momento em que estes revelaram sensibilidade para a problemática das relações entre a Administração pública e a Ordem Jurídica, em consequência do princípio do Estado de Direito e da submissão da Administração ao universo da juridicidade<sup>123</sup>.

A doutrina começou por identificar os conflitos jurídicos neste contexto segundo um critério que atende à (i) *partilha de resultados através da solução* e ainda segundo um outro critério que atende à (ii) *finalidade da solução encontrada*. Assim, quanto ao primeiro critério, (i) os conflitos jurídico-administrativos poderão ser (α) *competitivos* ou *estratégicos*, se existirem interesses contrapostos, também identificados por jogos de soma zero, ou ainda (β) *cooperativos*, se existirem interesses convergentes e, em consequência, todos puderem ganhar com a

---

<sup>123</sup> Neste sentido, ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, *Curso de Ciência da Administração*, p. 7 e ss.

solução do conflito<sup>124</sup>. Por seu turno, quanto ao segundo critério, (ii) os conflitos poderão ser ( $\alpha$ ) *cognitivos*, quando se busca uma solução de verdade, ou ( $\beta$ ) de *interesses*, quando se busca uma solução de justiça<sup>125</sup>.

Ainda neste âmbito, os cultores da Ciência da Administração pública identificam os métodos, ou formas, institucionais de solução de conflitos. Assim, na *negociação* as partes em conflito, e só elas, conduzem o processo e constroem a solução, na *mediação* intervém um terceiro que serve apenas de catalizador da actividade das partes mas estas continuam a dispor tanto do processo como da decisão, na *transacção* intervém igualmente um terceiro que dispõe de direito de veto à solução encontrada pelas partes mas estas conduzem o processo e constroem a solução por si mesmas, na *arbitragem* o terceiro já dispõe do poder de decisão que será vinculativa para as partes mas recebe destas, através do compromisso de arbitragem, a legitimidade para decidir, enquanto na *jurisdição* o terceiro dispõe do poder de decisão assim como dos poderes necessários à condução do processo mas recebe a sua legitimidade da lei geral e abstracta<sup>126</sup>.

A orientação foi largamente sufragada pela doutrina juspublicista ao reconhecer que “a via do recurso contencioso-administrativo contra os actos e disposições da Administração constitui um pilar essencial do Estado de Direito mas não é a única via possível para solucionar os conflitos com a Administração, nem sequer a mais rápida”<sup>127</sup>. A metodologia adoptada na diversificação dos modos de solução de conflitos foi no sentido da adopção de meios alternativos de solução de conflitos já conhecidos noutros domínios, como a negociação, a mediação, a transacção e a arbitragem, aliás mencionados anteriormente, para a solução de conflitos em que a Administração pública seja parte. Atitude esta que não se verificou apenas ao nível da sua consagração legislativa como também da disponibilidade das autoridades administrativas para os adoptarem nos casos concretos<sup>128</sup>.

Assim, em sede de decisão legislativa, os meios alternativos de solução de litígios, nomeadamente a arbitragem, começaram por ser aceites pelo legislador português, em meados da década de oitenta do século XX, como modo adequado à solução de litígios em que fosse parte uma, ou mais, autoridades administrativas mas apenas nos casos em que o conflito subjacente tivesse por objecto uma

---

<sup>124</sup> A. BARBOSA DE MELO, *idem*, p. 8 e ss.; sobre esta questão, cfr. ainda JOSÉ VASCONCELOS SOUSA, *Para uma maior eficácia do mediador: conhecer a negociação! – A negociação assistida (mediação) e o modelo estratégico de Lucena*, in *Resolução alternativa de litígios – Colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE*, Lisboa, 2006, p. 199.

<sup>125</sup> A. BARBOSA DE MELO, *ibidem*.

<sup>126</sup> A. BARBOSA DE MELO, *idem*, p. 9 e ss. e *Direito Administrativo II*, p. 4; cfr., no mesmo sentido, no que concerne ao conceito de mediação, PIERRE-YVES MONETT, *De la médiation, comme mode de résolution de conflits, et de ses différentes applications*, p. 2 e ss.

<sup>127</sup> A expressão é de FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *Alternativas a la solución judicial de los conflictos con la Administración*, in *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 119, 2003, p. 394.

<sup>128</sup> Neste sentido, FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ, *ibidem*; quanto ao caso português, cfr. *infra*.

relação subordinada ao Direito privado, ou então no caso de autorização para o efeito consagrada em lei especial<sup>129</sup>. Seria, no entanto, necessário aguardar pela entrada em vigor do *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* para que pudéssemos assistir ao início de uma *revolução copernicana* nos mecanismos de solução de conflitos jurídico administrativos em Portugal<sup>130</sup>. Sem embargo das profundas transformações introduzidos por este diploma no ordenamento jurídico que contribuíram para transformar a Justiça Administrativa num instrumento de defesa dos direitos e dos interesses legítimo dos administrados, conferido uma concepção subjectivista a este ramo do direito processual, a nossa análise de momento deve circunscrever-se ao teor dos preceitos que estabelecem mecanismos não jurisdicionais de solução de conflitos.

Neste contexto, o *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* consagra a (i) *arbitragem* como modo adequado, em termos genéricos<sup>131</sup>, à solução pacífica dos litígios emergentes de relações jurídicas administrativas<sup>132</sup>, nomeadamente das relações enunciadas no seu texto<sup>133</sup>, consagrando ainda a (ii) *conciliação* e a (iii) *mediação* como *actividades pacificadoras com carácter instrumental* no âmbito dos processos de impugnação, judicial ou arbitral<sup>134</sup>. Quanto às estruturas organizatórias competentes para exercerem as actividades pacificadoras em apreço, verificamos que o *Código* consagra a possibilidade da (i) *arbitragem* ser desenvolvida em dois *habitats* distintos: *tribunal arbitral ad-hoc*<sup>135</sup> e *centro de arbitragem institucionalizada*<sup>136</sup>, sendo que a estes últimos poderão, *complementarmente*, ser confiadas também funções de (ii) *conciliação* e de (iii) *mediação*<sup>137</sup>. A instituição em concreto de cada uma destas estruturas organizatórias é processada de modo diverso pois enquanto a constituição do *tribunal arbitral* depende apenas de acordo entre os litigantes que começa por ser manifestado na convenção de arbitragem, com possibilidade da nomeação dos árbitros em concreto ser realizada em acto subsequente<sup>138</sup>, enquanto os *centros de arbitragem institucionalizada*, são criados por acto legislativo<sup>139</sup> mas deparam com a condição da sua jurisdição relativamente aos órgãos de cada ministério depender de previsão específica em portaria conjunta do respectivo Ministro e do Ministro

<sup>129</sup> Cfr. artigo 1.º, n.º 4, da *Lei n.º 31/86*.

<sup>130</sup> Cfr. artigos 180.º e ss. do *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* (CPTA).

<sup>131</sup> Cfr. artigo 180.º, n.º 1, do CPTA.

<sup>132</sup> Afinal é este o âmbito de toda a Justiça Administrativa, cfr. artigos 1.º, n.º 1, e 4.º do *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais* (ETAF).

<sup>133</sup> O próprio texto do artigo 180.º, n.º 1, do CPTA afirma a sua natureza não taxativa no enunciado sem prejuízo do disposto em lei especial.

<sup>134</sup> Cfr. 187.º, n.º 3, do CPTA.

<sup>135</sup> Cfr. artigo 180.º, n.º 1, do CPTA.

<sup>136</sup> Cfr. artigo 187.º, n.ºs 1 e 2, do CPTA.

<sup>137</sup> Cfr. *idem*, n.º 3; o mesmo preceito consagra ainda a possibilidade de aos centros de arbitragem institucionalizada serem ainda confiadas funções de *consulta jurídica*.

<sup>138</sup> Cfr. artigo 181.º do CPTA e 8.º e ss. da LAV.

<sup>139</sup> Cfr. artigo 165.º, n.º 1, p) da CRP.

da Justiça que estabelece em termos específicos a organização, a competência e o funcionamento de cada centro de arbitragem em concreto<sup>140</sup>.

Quanto à disponibilidade das autoridades administrativas para adoptarem os meios alternativos de solução de conflitos nos casos concretos, verificamos que no plano da decisão política, o XIV Governo Constitucional deu o mote quando recomendou às autoridades administrativas que integram as Administrações directa e indirecta do Estado a preferência pela solução de litígios através de meios alternativos, nos casos em que estes forem admitidos por lei para a solução de conflitos jurídico-administrativos<sup>141</sup>, tendo ainda recomendado em especial a inserção de uma cláusula nesse sentido nos contratos em que seja parte uma autoridade administrativa ou uma entidade integrada no sector empresarial do Estado<sup>142</sup>.

#### **4. Os meios alternativos de solução de conflitos em que intervenha uma entidade pública no ordenamento jurídico português**

##### **i) Síntese**

A tentativa de sistematização *em termos abrangentes* dos meios alternativos de solução pacífica de conflitos encontra o escolho dos autores não coincidirem na terminologia adoptada, na medida em que a mesma varia nomeadamente em função dos diversos ramos do Direito em que a presente temática assume relevância. Apesar das limitações mencionadas, propomos a construção de um quadro classificatório cuja raiz assenta no *quantum* de *sujeitos intervenientes na lide* e, neste contexto, a solução para o conflito poderá ser buscada (i) *apenas entre os litigantes* ou (ii) *contar com a intervenção de um terceiro*, imparcial perante o conflito. Assim, no primeiro dos termos classificatórios mencionados está integrada apenas a (i) *negociação*, que podemos definir como um *processo em que as partes tentam per se, mediante a apresentação recíproca de propostas e contrapropostas, alcançar um acordo sobre a situação controvertida*, enquanto os demais métodos se caracterizam pela presença de um terceiro sujeito no decurso do processo. O segundo termo da classificação que adoptamos, isto é, os métodos de solução de conflitos (ii) que pressupõem a intervenção de um terceiro, são ainda passíveis de distinção entre si quanto aos poderes de intervenção conferidos pelos litigantes ao terceiro interveniente na lide. Assim, importa ainda distinguir se as partes em conflito solicitam a (α) *colaboração do terceiro apenas para as auxiliar na obtenção de um acordo* ou se lhe (β) *conferem poderes para adoptar uma decisão injuntiva*. O primeiro dos termos desta sub-distinção isto é, (α) os casos de intervenção de um terceiro

---

<sup>140</sup> Cfr. artigo 187, n.º 2, do CPTA.

<sup>141</sup> Cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º 175/2001, max. § 1, 2 e 5.

<sup>142</sup> Cfr. *idem*, § 3 e 4.

com vista à solução do conflito sem poderes de autoridade, comporta ainda duas variantes, consoante (1) o terceiro sirva apenas de *catalisador* à obtenção do acordo, nomeadamente pela remoção de obstáculos, materiais, jurídicos e emocionais, proporcionando às partes as condições necessárias à celebração do acordo, e assim estaremos perante a *conciliação*<sup>143</sup>, ou (2) o terceiro participe activamente nas negociações, em princípio com funções de direcção das mesmas, e no âmbito destas realize uma análise profunda das causas do litígio, a ponto de podermos considerar que a *solução encontrada foi acordada trilateralmente*, isto é, entre litigantes e terceiro interveniente na negociação, e assim estaremos perante a *mediação*<sup>144</sup>. Se consideramos o segundo dos termos da classificação, isto é, (β) se os litigantes conferirem ao terceiro poderes para *adoptar unilateralmente uma decisão* que as partes se comprometem previamente a aceitar e a cumprir, então estaremos perante a *arbitragem*<sup>145</sup>.

A *transacção*, que a lei define como um contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante concessões recíprocas<sup>146</sup>, embora por vezes associada aos modos alternativos de solução de conflitos<sup>147</sup>, não reveste autonomia relativamente às formas agora mencionadas. Com efeito, a transacção pode revestir carácter extrajudicial e nesse caso a solução do litígio processa-se segundo o método da negociação, consubstanciando a transacção o acordo celebrado em conclusão da mesma<sup>148</sup>, ou então a transacção pressupõe que os litigantes já submeteram o caso à apreciação da *jurisdictio* estadual mas intercaladamente celebram entre si, ainda por via da negociação, um acordo que impede o tribunal de exercer os poderes que lhe são conferidos por lei, isto é, a adopção de uma decisão sobre a questão controvertida mediante a apreciação da prova produzida sobre a matéria de facto e a subsunção desta a uma norma do ordenamento jurídico, circunscrevendo a acção do julgador a um mero controlo formal de verificação da licitude dos termos do acordo<sup>149</sup>.

## ii) O estado do ordenamento português sobre a matéria

Sistematizados os modos alternativos de solução de conflitos identificados pela doutrina em termos dogmáticos, importa averiguar quais, de entre as figuras

<sup>143</sup> Cfr. artigo 509.º do *Código de Processo Civil*.

<sup>144</sup> Aliás, a distinção entre conciliação e mediação nem sempre assume contornos definidos, cfr. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os contratos administrativos e a arbitragem*, p. 87.

<sup>145</sup> Para uma delimitação do *quid specificum* dos vários meios alternativos de solução de litígios, cfr., por todos, JOSÉ VASCONCELOS SOUSA, *Mediação, Colecção O que é?*, Lisboa, Quimera Editores, 2002, p. 19 e ss.

<sup>146</sup> Cfr. artigo 1248.º do *Código Civil*.

<sup>147</sup> A autonomia da *transacção* é sufragada por ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, *Curso de Ciência da Administração*, p. 9, e por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ, *Alternativas a la solución judicial de los conflictos con la Administración*, p. 394.

<sup>148</sup> Cfr. artigo 1250.º do *Código Civil*.

<sup>149</sup> Cfr. artigo 1249.º do *Código Civil* e artigo 299.º, n.º 1, do *Código de Processo Civil*.

mencionadas, obtiveram acolhimento na ordem jurídica portuguesa vigente e, em caso afirmativo, em que termos. A delimitação em apreço afigura-se prioritária na medida em que apesar dos decisores políticos haverem, desde o primeiro momento, recomendando às autoridades administrativas a preferência pela adopção de *meios alternativos* para solução dos conflitos em que eventualmente venham a estar envolvidas, não deixaram de pautar a recomendação pela solução mais cautelosa de restringir a adopção dos mesmos aos casos em que estes forem admitidos por lei<sup>150</sup>.

Conforme verificamos anteriormente, em sede de análise das estruturas organizatórias competentes, o *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* reconhece três meios alternativos de solução pacífica de litígios: *arbitragem*<sup>151</sup>, *conciliação*<sup>152</sup> e *mediação*<sup>153</sup>. Assim, considerando agora o assunto sob a óptica da *actividade que exercem*, verificamos que, quanto à *arbitragem*, o *Código* aparentemente consagra uma dualidade de regimes quanto à possibilidade de opção por este meio alternativo, uma vez que permite a constituição de (i) *tribunal arbitral* em termos genéricos para solução de litígios que tenham por objecto (α) relações jurídicas reguladas pelo Direito privado<sup>154</sup> e ainda (β) relações jurídicas reguladas pelo Direito público que tenham por objecto questões respeitantes (1) a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução<sup>155</sup>, (2) a responsabilidade civil extracontratual incluindo a efectivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas<sup>156</sup>, (3) à validade de actos administrativos<sup>157</sup> e (4) a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional<sup>158</sup>. O *Código* permite ainda a instalação de (ii) *centros de arbitragem institucionalizada* para solução de litígios respeitantes a (α) relações jurídicas de emprego público<sup>159</sup>, a (β) sistemas públicos de proteção social<sup>160</sup> e a assuntos de (γ) urbanismo<sup>161</sup>. A dualidade de

<sup>150</sup> Cfr. *Resolução do Conselho de Ministros* n.º 175/2001.

<sup>151</sup> Cfr. artigos 180.º e 187.º, n.º 1, do CPTA.

<sup>152</sup> Cfr. *idem*, artigo 187.º, n.º 3 do CPTA.

<sup>153</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>154</sup> Cfr. artigo 1.º, n.º 5, da LAV.

<sup>155</sup> Cfr. artigo 180.º, n.º 1, a), do CPTA.

<sup>156</sup> Cfr. *idem*, b).

<sup>157</sup> Cfr. *idem*, c), norma que contudo estabelece a possibilidade de determinação legal em contrário.

<sup>158</sup> Cfr. *idem*, d).

<sup>159</sup> Cfr. artigo 187.º, n.º 1, c); para uma análise de alguns escolhos provocados pela configuração do regime jurídico de tramitação dos processos de arbitragem em matéria de relação jurídica de emprego público consagrado pela reforma de 2002, cfr. JOÃO MARTINS CLARO, *A arbitragem no anteprojecto do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, in *Cadernos de Justiça Administrativos*, n.º 22, 2000, p. 86.

<sup>160</sup> Cfr. *idem*, d).

<sup>161</sup> Cfr. *idem*, e).

sistemas de arbitragem quanto ao objecto é, no entanto, meramente aparente porque ambas as enumerações de assuntos passíveis de arbitragem revestem carácter não taxativo<sup>162</sup>.

O *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, apesar de aprovado com objectivo de regular a função jurisdicional quando exercida pelos tribunais administrativos<sup>163</sup>, a propósito da definição das competências dos centros de arbitragem, consagra normas aplicáveis aos recursos gratuitos quando outorga a estas estruturas organizatórias competência para exercerem as actividades de *conciliação*, de *mediação* e de *consulta* no âmbito de procedimentos de impugnação administrativa<sup>164</sup>, isto é, dos procedimentos de reclamação<sup>165</sup>, de recurso hierárquico<sup>166</sup> e de recurso administrativo especial<sup>167</sup>, por forma a tentar obter uma solução concertada para a situação jurídica controvertida subjacente ao accionamento de uma garantia administrativa<sup>168</sup>.

A solução do *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* vai, assim, no sentido de permitir, e de certo modo aceitar como prática de *boa administração*, que as autoridades administrativas possam concertar com os administrados a solução para um litígio consubstanciado na discordância do destinatário de um acto administrativo com a decisão nele compreendida em alternativa à hipótese da reclamação ou do recurso serem decididos apenas pelo exercício do poder de modificar, ou revogar, unilateralmente o acto administrativo impugnado<sup>169</sup>. A adopção desta metodologia apresenta a vantagem de criar as condições necessárias para uma eventual *reforma*<sup>170</sup> ou para uma *conversão*<sup>171</sup> do acto

<sup>162</sup> Cfr. artigos 180.º n.º 1, e 187.º, n.º 1, do CPTA.

<sup>163</sup> Cfr. artigo 1.º do CPTA.

<sup>164</sup> Cfr. *idem*, n.º 3; quanto à configuração legal dos procedimentos de impugnação, cfr. artigo 184.º, n.ºs 1 e 2 do *Código do Procedimento Administrativo (CPA)*.

<sup>165</sup> Cfr. artigo 191.º e ss. do CPA.

<sup>166</sup> Cfr. *idem*, artigo 193.º e ss.

<sup>167</sup> Cfr. *idem*, artigo 199.º

<sup>168</sup> O conceito *garantia administrativa* é empregue, na esteira do ensino de DIOGO FREITAS DO AMARAL, no sentido de garantias que se efectivam através da actuação e decisão de órgãos da Administração pública, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, p. 753; sobre as aplicações da mediação, cfr. JOSÉ VASCONCELOS SOUSA, *Mediação*, p. 49. e ss.

<sup>169</sup> Sobre a *modificação* e a *revogação* do acto administrativo, cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *idem*, p. 463 e ss.

<sup>170</sup> Segundo ensinam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, a reforma do acto administrativo consiste na adopção de um acto administrativo de sanção de um acto anterior inválido, cuja invalidade respeitava ao conteúdo do mesmo, pela qual se mantém em vigor a parte que nele não estava afectada de ilegalidade, alterando-se ou suprimindo-se a parte ilegal, *Código do Procedimento Administrativo anotado*, vol. II, Coimbra, 1995, anotação III ao então artigo 137.º; apesar da revogação do Código, o conceito doutrinal de reforma do acto administrativo permanece actual.

<sup>171</sup> A *conversão* do acto administrativo consiste na substituição de um acto inválido por um acto de natureza ou conteúdo diversos com aproveitamento dos elementos do primeiro acto que não estão afectados de ilegalidade e que servem para compor ou integrar um novo acto, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *ibidem*;

administrativo impugnado, se essa hipótese se revelar uma solução mais conforme com a pretensão do administrado, e com os seus direitos e interesses legítimos, e simultaneamente obtiver concordância, e enquadramento legal, pela parte da autoridade administrativa que adoptou o acto ou daquela que é competente para decidir de um recurso de impugnação do mesmo, consoante os casos. Neste contexto, importa recordar que a competência de uma autoridade administrativa para conhecer de um recurso hierárquico compreende, por regra, a competência para modificar ou substituir o acto impugnado, salvo se a competência do autor do acto for exclusiva<sup>172</sup>, assim como compreende a faculdade para determinar a repetição da instrução do procedimento administrativo subjacente ou a realização de diligências complementares<sup>173</sup>.

A importância da realização de uma actividade conciliadora ou mediadora, conduzida por um órgão independente como o centro de arbitragem institucionalizada, consiste na possibilidade de concertação do modo de exercício dos poderes mencionados entre o destinatário do acto administrativo e a autoridade administrativa competente para decidir do recurso sobre o mesmo. Neste contexto, as tarefas de conciliação, de mediação e de consulta no âmbito dos procedimentos de impugnação administrativa realizadas pelos centros de arbitragem constituem instrumento adequado a permitir a transposição do mecanismo da audiência dos interessados para o procedimento administrativo de segundo grau. Com efeito, esta figura consagrada no *Código do Procedimento Administrativo*<sup>174</sup> em obediência ao princípio constitucional da democracia participativa<sup>175</sup> e à regra, também constitucional, da participação dos cidadãos nas decisões ou deliberações da Administração pública que lhes disserem respeito<sup>176</sup> não carece, pela sua natureza, de ficar circunscrita ao procedimento administrativo de primeiro grau, podendo ao invés os interessados continuar a intervir no procedimento administrativo, desde que a ordem jurídica assegure a existência dos mecanismos necessários para o efeito.

O *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* vem assim completar o elenco das estruturas organizatórias adequadas a desempenhar os meios alternativos de solução de litígios preconizado com a revisão constitucional de 1989<sup>177</sup>. Com efeito, o preceito consagrado pelo legislador constituinte de 1989 veio conferir ao legislador ordinário a possibilidade de institucionalizar meios alternativos de composição de litígios, conferiu, em primeiro lugar, cobertura

---

a observação mencionada na nota anterior, *in fine*, é válida também no que concerne à conversão do acto administrativo.

<sup>172</sup> Cfr. artigo 197.º, n.º 1, do CPA.

<sup>173</sup> Cfr. artigo 197.º, n.º 3, do CPA.

<sup>174</sup> Cfr. artigos 2.º, 80.º e 121 e ss. do CPA.

<sup>175</sup> Cfr. artigo 2.º da CRP.

<sup>176</sup> Cfr. artigo 267.º, n.º 5, da CRP; cfr., em sentido algo aproximado, JOÃO CAUPERS, *A arbitragem nos litígios entre a Administração pública e os particulares*, p. 8.

<sup>177</sup> Cfr. artigo 202.º, n.º 4, da CRP.

constitucional a alguns mecanismos não jurisdicionais de solução de litígios que a sociedade civil conservou apesar da centralização operada pelo *Leviathan*<sup>178</sup> e que o Estado português começou por reconhecer por via legal, nomeadamente com a aprovação da primeira *Lei da Arbitragem Voluntária*<sup>179</sup>. O novel regime constitucional apresentou, em segundo lugar, a vantagem de permitir a *expansão* dos tipos de meios alternativos utilizados para solução de litígios regulados pelo Direito privado e cuja expressão pioneira reside na institucionalização de um serviço de mediação junto de cada julgado de paz, nos termos da *Lei de organização, competência e funcionamento dos Julgados de Paz*, com intuito de estimular a resolução de litígios por acordo entre as partes numa fase anterior ao exercício da *iusdictio imperii* pelo juiz de paz<sup>180</sup>.

Contudo, o objectivo consagrado na Lei Constitucional n.º 1/89 apenas foi realizado pelo legislador ordinário com a extensão dos meios alternativos de solução de litígios a matérias reguladas pelo Direito público, *maxime*, administrativo e tributário, pois só nesse momento as pessoas puderam optar entre um meio jurisdicional ou um meio alternativo para resolverem os litígios em qualquer assunto que lhes diga respeito. Os tribunais arbitrais, assim como os centros de arbitragem de conflitos configuram estruturas organizatórias adequadas a assegurar uma protecção ampla dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados, apresentando estes últimos a possibilidade de atingirem tal desiderato não apenas mediante o exercício da função de arbitragem, nos casos em que a mesma é legalmente admitida, como também pelo exercício das tarefas de conciliação e de mediação.

## 5. Uma alternativa aos centros de arbitragem institucionalizada: a solução de litígios pelo Provedor de Justiça?

i) A legitimidade do Provedor de Justiça para intervir nos procedimentos de solução de litígios

A questão que neste momento se nos coloca consiste em indagar da admissibilidade, constitucional e legal, do Provedor de Justiça intervir nos procedimentos legalmente reconhecidos como adequados à composição de litígios entre os administrados e as autoridades administrativas isto é, averiguar se decorrem da *Constituição da República Portuguesa*, do *Estatuto do Provedor de Justiça* e demais legislação reguladora da actividade deste órgão do Estado as competências necessárias ao exercício das funções de arbitragem, de conciliação e de mediação<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> Cfr. *supra*, § 3.

<sup>179</sup> Recordamos que a primeira lei da arbitragem voluntária é anterior à revisão constitucional de 1989, cfr. *supra*, § 2.

<sup>180</sup> Cfr. artigo 16.º, n.º s 1 e 2, da LJP.

<sup>181</sup> Cfr. *supra*.

Sobre este assunto, é possível afirmar *in limine* e com segurança que o exercício de funções de árbitro é incompatível com o estatuto constitucional do Provedor de Justiça que o configura como um órgão *sem poder decisório*<sup>182</sup>, enquanto a solução de litígios pela via da arbitragem implica, por definição, que os litigantes conferem ao terceiro (árbitro) poderes para *adoptar unilateralmente uma decisão* que as partes se comprometem previamente a aceitar e a cumprir<sup>183</sup>. Os demais meios alternativos de solução de conflitos, conciliação e mediação, não se afiguram *prima facie* incompatíveis com o enquadramento constitucional e legal do Provedor de Justiça, precisamente porque nem as funções de conciliação, nem as de mediação, implicam a adopção de uma decisão injuntiva colidente com a circunscrição da actuação deste órgão do Estado a uma competência descarregada de *ius imperii*. Contudo, a análise deste assunto pressupõe o conhecimento de uma questão prejudicial de âmbito mais vasto que consiste em indagar das possíveis entidades *alternativas* aos tribunais estaduais, isto é, das entidades constitucional e legalmente legitimadas a desempenhar as tarefas de conciliação e de mediação e simultaneamente reconhecidas pela Sociedade Civil em geral e pelos litigantes em especial como dotadas de *auctoritas* para assegurar a paz social.

## ii) As entidades *alternativas*

A classificação das entidades *alternativas* com inclusão do *Ombudsman* nesse contexto, como entidade mediadora de conflitos, foi realizada em termos pioneiros por PIERRE-YVES MONETTE que distingue a mediação quanto aos *sujeitos* em razão de vários critérios. Assim, de acordo com um primeiro critério que atende à (i) *natureza da entidade mediadora*, a mediação pode ser (α) *vertical*, ou *mediação pública*, que é imposta por lei ou por decisão de uma autoridade pública, ou então (β) *horizontal*, ou *mediação privada*, que é adoptada pelos cidadãos e pelas pessoas colectivas, sem intervenção de qualquer autoridade pública, que desenvolvem eles mesmo processos alternativos de solução de litígios<sup>184</sup>.

Outro critério identificado pelo autor no contexto dos mesmos quadros classificatórios, que atende simultaneamente à (ii) *natureza dos litigantes e ao tipo de conflito subjacente*, distingue a (α) *mediação institucional*, a (β) *mediação*

---

<sup>182</sup> Cfr. artigo 23.º, n.º 1, da CRP e artigo 3.º do *Estatuto do Provedor de Justiça (EPJ)*, aprovado pela *Lei n.º 9/91*, de 9 de Abril, com sucessivas alterações, a última das quais pela *Lei n.º 17/2013*, de 18 de Fevereiro; sobre esta questão, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A posição institucional do Provedor de Justiça – O Ombudsman entre a Assembleia Parlamentar, a Administração Pública e o cidadão*, Coimbra, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2012, p. 40 e ss.

<sup>183</sup> Cfr. *supra*.

<sup>184</sup> Cfr. PIERRE-YVES MONETTE, *De la médiation, comme mode de résolution de conflits, et de ses différentes applications*, in *Administration publique*, p. 5; apesar de descrever esta classificação como uma das tipologias clássicas sobre a matéria, o autor refuta os seus termos por constatar que frequentemente se desenvolvem formas de mediação perpendiculares ou mistas.

entre particulares, a ( $\gamma$ ) *mediação judiciária* e a ( $\delta$ ) *mediação política*<sup>185</sup>. A título de especificação, PIERRE-YVES MONNETE define a ( $\alpha$ ) *mediação institucional* como aquela que se destina à *solução de conflitos administrativos*, isto é, aqueles que opõem as autoridades administrativas aos administrados, sejam cidadãos ou pessoas colectivas, qualificando-a como um sucedâneo da prática adoptada durante séculos pelos monarcas que reflectem a preocupação pessoal destes últimos com os motivos de queixa que o seu povo encontra na actuação das autoridades administrativas<sup>186</sup>. Ainda segundo o autor, consoante o órgão competente para a sua realização, a mediação institucional pode revestir as formas de (1) *mediação parlamentar* ou de (2) *mediação administrativa*, sendo que a metamorfose de uma mediação realizada directamente pelo soberano para uma mediação realizada por outros órgãos do Estado é justificada pelo autor como uma consequência do princípio da separação de poderes e da configuração dos sistemas de governo<sup>187</sup>. Nestes termos, enquanto a mediação parlamentar é desempenhada por uma pessoa mandatada pelo parlamento para o efeito, a mediação administrativa é realizada no âmbito das próprias autoridades administrativas<sup>188</sup>. Por outro lado, a ( $\beta$ ) *mediação entre particulares* é aquela que proporciona aos cidadãos e às pessoas colectivas a *possibilidade de resolverem os conflitos que ocorram entre si*, independentemente dos instrumentos de mediação terem sido criados por lei ou por entidades privadas. Por seu turno, a ( $\gamma$ ) *mediação judiciária* é aquela que permite resolver um litígio já submetido a apreciação judicial e se *insere no processo judicial como uma das suas fases*. Por último, a ( $\delta$ ) *mediação política* é aquela que permite a solução de diferendos de natureza política, susceptíveis de *originar conflitos armados, v. g., de natureza ideológica, religiosa, linguística, nacionalista, geográfica, ou tribal* e que opõem quer movimentos de cidadãos, grupos sócio-profissionais ou forças políticas a nível nacional, quer povos, nações, Estados ou grupos de Estados a nível internacional<sup>189</sup>.

<sup>185</sup> Classificação adoptada por PIERRE-YVES MONNETTE, *ibidem*.

<sup>186</sup> PIERRE-YVES MONNETTE cita os exemplos históricos das audiências concedidas pelo sultão no Império Otomano, pelo Imperador Francisco José na Áustria ou, ainda actualmente, pelo serviço de petições a funcionar junto do gabinete do Rei dos Belgas, *idem*, p. 6.

<sup>187</sup> Cfr. PIERRE-YVES MONNETTE, *idem*, p. 7/8.

<sup>188</sup> Cfr. PIERRE-YVES MONNETTE, *idem*, p. 7.

<sup>189</sup> PIERRE-YVES MONNETTE, *idem*, p. 5/6; embora o aspecto não releve no presente contexto a classificação citada afigura-se passível de crítica por falta de homogeneidade nos critérios classificatórios na medida em que a mediação judiciária, como a autor a identifica, não se distingue da mediação institucional na medida em que um conflito administrativo, que constitui a pedra de toque para delimitação do primeiro critério, é passível de apreciação judicial e, atendendo à posição anteriormente sufragada pela incorporação dos tribunais administrativos no poder judicial (cfr. *supra*, § 3.), a distinção entre as *várias categorias de tribunais* (usamos a expressão que consubstancia a epígrafe do artigo 209.º da CRP) para efeitos da classificação em apreço não se afigura coerente com uma concepção de separação de poderes constitucionalmente adequada (sobre o teor desta expressão, cfr. NUNO PIÇARRA, *A Separação de poderes como doutrina e princípio constitucional – Contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 264).

iii) A mediação pelo *Ombudsman*, em especial.

Neste contexto, o *Riksdag Justitie Ombudsmän*, instituído pela *Constituição Sueca de 1809*<sup>190</sup> é apontado por PIERRE-YVES MONETTE como o exemplo pioneiro dos instrumentos de *mediação parlamentar*<sup>191</sup>. Contudo, apesar do autor definir mediação como “um modo alternativo de solução de conflitos entre duas ou mais pessoas” que se consubstancia num “modo consensual e assistido, organizado sem publicidade específica em torno de um terceiro, profissional, neutro, imparcial e independente, desprovido de qualquer poder de sanção mas eventualmente titular de um poder de recomendação, e por vezes mesmo de investigação, e cuja função consiste em se intrometer entre as partes em conflito para facilitar, estruturar e coordenar a pesquisa voluntária e responsável de uma solução durável, livremente consentida pelos litigantes porque respeitadora de cada um deles”<sup>192</sup> e ainda de afirmar posteriormente que “o *Ombudsman* reúne numa simbiose espantosa as imagens de inquiridor e de mediador”<sup>193</sup>, não prova, pela análise das competências legalmente outorgadas ao *Ombudsman*, nomeadamente aos *Médiateurs*, *Ombudsman* ou *Ombudsman* belgas<sup>194</sup>, que estas o habilitam ao exercício de uma actividade mediadora. Com efeito, não basta afirmar que “o *Ombudsman* tem por missão esforçar-se por conciliar os pontos de vista dos administrados com os da Administração em conflito” e que simultaneamente tem o encargo de verificar se as medidas adoptadas pela Administração “respeitaram a lei e não violaram os princípios de boa administração”<sup>195</sup>, é necessário certificar que o seu *Estatuto* lhe permite ir além da mera verificação da legalidade, e conseqüente emissão de um juízo de valor, denominado *recomendação, lactu sensu*, sobre a conduta administrativa, para passar a exercer uma actividade tendente a aproximar a pretensão do reclamante da decisão da autoridade administrativa.

Assim, circunscrevendo a nossa análise ao caso português, verificamos que a *Constituição da República Portuguesa* caracteriza o Provedor de Justiça como um órgão que aprecia queixas dos cidadãos por acções ou omissões dos poderes públicos sem poder decisório, “dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças”<sup>196</sup>. Ainda no mesmo contexto, a análise do *Estatuto do Provedor de Justiça* revela que a actividade deste

---

<sup>190</sup> Sobre a origem do *Riksdag Justitie Ombudsmän*, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A posição institucional do Provedor de Justiça*, p. 9 e ss., e autores aí citados.

<sup>191</sup> PIERRE-YVES MONETTE, *De la médiation, comme mode de résolution de conflits, et de ses différentes applications*, in *Administration publique*, p. 7; no sentido da qualificação do *Ombudsman* como um órgão parlamentar independente, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *idem*, p. 43 e ss.

<sup>192</sup> Cfr. PIERRE-YVES MONETTE, *idem*, p. 2.

<sup>193</sup> Cfr. PIERRE-YVES MONETTE, *idem*, p. 7.

<sup>194</sup> Para uma brevíssima descrição destes órgãos, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A posição institucional do Provedor de Justiça*, p. 25.

<sup>195</sup> Cfr. PIERRE-YVES MONETTE, *ibidem*.

<sup>196</sup> Cfr. artigo 23.º, n.º 1, da CRP e artigo 3.º do EPJ.

órgão do Estado se consubstancia numa (i) competência de *recomendação* no que respeita à correcção de actos administrativos ilegais ou injustos e à organização e funcionamento dos serviços<sup>197</sup>, numa (ii) competência de *recomendação* no que respeita à interpretação e aperfeiçoamento da legislação vigente<sup>198</sup>, numa (iii) competência *consultiva* em matéria da competência da Assembleia da República<sup>199</sup>, numa (iv) competência *pedagógica* que consiste na divulgação junto dos cidadãos do conteúdo e do significado de cada um dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e ainda da *ratio essendi* da figura do Provedor de Justiça<sup>200</sup> e numa (v) uma competência de *intervenção* na defesa de interesses colectivos ou difusos<sup>201</sup>.

A leitura das competências do Provedor de Justiça, com especial destaque para a competência de recomendação, pelo relevo especial que assume neste contexto, carece no entanto de ser completada com a análise dos instrumentos processuais que o titular do cargo dispõe para o exercício das suas competências. Sobre esta questão, verificamos que, por um lado, o Provedor de Justiça (i) “assegura, através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos”<sup>202</sup> e, por outro lado, (ii) dispõe de poderes para “procurar, em colaboração com os órgãos e serviços competentes, as soluções mais adequadas à tutela dos interesses legítimos dos cidadãos e ao aperfeiçoamento da acção administrativa”<sup>203</sup>. A identificação dos *modus operandi* legalmente possíveis, permite-nos concluir que o Provedor de Justiça não está vinculado a um procedimento decisório baseado num raciocínio silogístico consubstanciado na sequência: análise da petição, interpelação da autoridade visada, resposta da autoridade visada, produção de prova e formulação de decisão, ou *recomendação, lactu sensu*, como parece resultar *prima facie* do disposto nos preceitos que incorporam o capítulo IV do seu *Estatuto*<sup>204</sup>. Com efeito, ao invés de emanar unilateralmente uma recomendação que apenas gera na esfera jurídica do seu destinatário o dever de fundamentação<sup>205</sup> e eventualmente lhe imputa responsabilidade política ou disciplinar se a assembleia legitimante ou o superior hierárquico assim o entenderem<sup>206</sup>, o Provedor de Justiça pode adoptar a via da concertação com as autoridades visadas das medidas mais adequadas à defesa dos interesses legítimos do cidadãos e ao aperfeiçoamento da acção administrativa<sup>207</sup>.

<sup>197</sup> Cfr. artigo 20.º, n.º 1, a) do EPJ.

<sup>198</sup> Cfr. *idem*, b).

<sup>199</sup> Cfr. *idem*, c).

<sup>200</sup> Cfr. *idem*, d).

<sup>201</sup> Cfr. *idem*, e).

<sup>202</sup> Cfr. artigo 1.º, n.º 1, do EPJ.

<sup>203</sup> Cfr. artigo 21.º, n.º 1, c), do EPJ.

<sup>204</sup> Cfr. artigos 24.º e ss. do EPJ.

<sup>205</sup> Cfr. artigo 38.º, n.º 3, do EPJ.

<sup>206</sup> Cfr. artigo 38.º, n.ºs 4 e 5, do EPJ.

<sup>207</sup> No mesmo sentido, HENRIQUE DO NASCIMENTO RODRIGUES, *O Provedor de Justiça, a mediação e os julgados de paz*, in *News Letter DGAE*, n.º 5, Junho de 2005, p. 3/4.

Assim, o Provedor de Justiça, no exercício das suas competências legais mencionadas poderá exercer uma actividade adequada a *conciliar* ou a *mediar* conflitos entre os administrados e as autoridades administrativas<sup>208</sup>.

A análise do ordenamento português revela assim que em matéria de solução de conflitos com as autoridades administrativas, os cidadãos e as pessoas colectivas dispõem de um meio institucionalizado de *conciliação* ou de *mediação parlamentar*, assegurada pelo Provedor de Justiça que se encontra legitimado a funcionar em paralelo, e de certo modo em concorrência, com a *conciliação* e a *mediação administrativas*, a assegurar pelos centros de arbitragem institucionalizada<sup>209</sup>. Se a compulsão do *Estatuto do Provedor de Justiça* nos permitiu concluir que este órgão do Estado é titular de competências legais que o habilitam a exercer as actividades de *conciliação* e de *mediação parlamentar* em *concorrência* com a actuação os centros de arbitragem institucionalizada, importa ainda averiguar se a indução meramente doutrinária deste *múnus* do Provedor de Justiça colide com algum dos princípios constitucionais, nomeadamente com o princípio constitucional da *separação de poderes*<sup>210</sup>. A questão merece reflexão porque, ao sustentarmos que o exercício normal das competências legalmente conferidas ao Provedor de Justiça poderá consubstanciar o exercício das actividades *conciliadora* ou *mediadora*, implica aceitarmos que um órgão institucionalmente localizado na órbita do parlamento<sup>211</sup> possa legitimamente exercer uma actividade que o legislador confiou expressamente a órgãos da Administração pública, isto é, aos centros de arbitragem institucionalizada<sup>212</sup>.

Contudo, o entendimento agora formulado acerca da natureza das funções do Provedor de Justiça não se afigura susceptível de colidir com o princípio da separação de poderes na medida em que, por um lado, na perspectiva da (i) *natureza da decisão*, o mediador, seja um mediador parlamentar, seja um mediador administrativo, não adopta decisões com carácter injuntivo<sup>213</sup>. Se recordarmos que, desde os primórdios do liberalismo, o problema da limitação do poder, ao qual a separação de poderes vem conseguindo corresponder como mecanismo organizatório adequado<sup>214</sup>, apenas se coloca quando estiverem em causa restrições

---

<sup>208</sup> Os argumentos mencionados no texto destinados a fundamentar a legitimidade do exercício de uma actividade *mediadora* pelo Provedor de Justiça permitem por argumento *a fortiori* fundamentar o exercício de uma actividade *conciliadora* porque atendendo à circunstância de, na *conciliação*, o *quantum* de poderes do terceiro ser inferior aqueles que lhe são reconhecidos na *mediação* (cfr. *supra*, § 4) e segundo uma clássica expressão *qui potest majus, potest minus*.

<sup>209</sup> Cfr. artigo 187.º do CPTA.

<sup>210</sup> Sobre o princípio da divisão ou separação de poderes como dimensão material do princípio constitucional estruturante do Estado de Direito, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p 250 e ss.

<sup>211</sup> Sobre a inserção do Provedor de Justiça na organização institucional do Estado português, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A posição institucional do Provedor de Justiça*, p. 43 e ss.

<sup>212</sup> Cfr. artigo 187.º, n.º 3, do CPTA.

<sup>213</sup> Cfr. *supra*, § 4.

<sup>214</sup> Cfr. CHARLES DE MONTESQUIEU, *Do espírito das leis, max.* p. 306; cfr. ainda JOSÉ LUCAS

à liberdade da pessoa humana<sup>215</sup>, então a questão da limitação do poder não se coloca à partida quando a solução para o pleito é acordada *trilateralmente* entre os litigantes e o mediador<sup>216</sup>. Por outro lado, numa perspectiva (ii) *organizatória*, o procedimento de mediação administrativa não reveste a natureza jurídica de uma garantia administrativa *strictu sensu* porque não configura um mecanismo ao dispor dos administrados para, junto dos órgãos da própria Administração activa, solicitarem a defesa dos seus direitos ou interesses legítimos<sup>217</sup>. Com efeito, os centros de arbitragem institucionalizada são *órgãos independentes da Administração Pública* que exercem uma actividade compreendida no âmbito da função jurisdicional<sup>218</sup> e, por esse motivo, beneficiam de um regime de *neutralidade por natureza*, isto é, de isenção em relação aos poderes de  *direcção e controlo* do órgão superior da Administração pública<sup>219</sup> que é *pressuposta* ou *cognitiva* porque inerente à própria natureza da função<sup>220</sup>. Acresce a este aspecto que, no universo das competências outorgadas aos centros de arbitragem institucionalizada, apenas a arbitragem consubstancia o exercício da função jurisdicional, revestindo as actividades de *conciliação* e de *mediação* a natureza de actividades meramente *complementares* daquela<sup>221</sup>, pelo que o exercício das mesmas por um órgão parlamentar independente como o Provedor de Justiça<sup>222</sup> não altera o equilíbrio entre os vários poderes do Estado constitucionalmente estabelecido.

### Bibliografia

ALBUQUERQUE, Ruy de (e ALBUQUERQUE, Martim de), *História do Direito Português*, vol. I, tomo I, Lisboa, policopiado, 1983.

ALBUQUERQUE, Martin de (ALBUQUERQUE, Ruy de), *História do Direito Português*, vol. I, tomo I, Lisboa, policopiado, 1983.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Estado*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. II, Lisboa, Verbo Editora, 1984, col. 1126 a 1177;

*Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de uma disciplina de Direito Administrativo*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol.

---

CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição – Contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 221.

<sup>215</sup> Sobre esta questão, cfr. JOHN LOCKE, *Dois Tratados do Governo Civil*, tradução portuguesa de Miguel Morgado, Lisboa, Edições 70, 2006, p. 318.

<sup>216</sup> Cfr. *supra*, § 4.

<sup>217</sup> Sobre o conceito de garantia administrativa, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, p. 753.

<sup>218</sup> Cfr. *supra*, § 2. e 3.

<sup>219</sup> Sobre esta questão, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, max. p. 441 e ss.

<sup>220</sup> Sobre esta questão, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *idem*, p. 223.

<sup>221</sup> Cfr. *supra*, § 2. e 3.

<sup>222</sup> Sobre a natureza do Provedor de Justiça no contexto dos órgãos do Estado, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A posição institucional do Provedor de Justiça*, p. 43 e ss.

XXVI, 1985;

*Direito Administrativo*, vol. IV, Lisboa, policopiado, 1998;

*Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, Livraria Almedina, 2014.

AMORIM, João Pacheco de (e OLIVEIRA, Mário Esteves de, e GONÇALVES, Pedro Costa), *Código do Procedimento Administrativo anotado*, vol. II, Coimbra, 1995.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Livraria Almedina, 2010;

*Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2011.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço, *O Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental – Para uma tutela preventiva do ambiente*, Coimbra, Livraria Almedina, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *A reserva constitucional da jurisdição*, in *O Direito*, ano 123.º, 1991, p. 465 a 485.

BEZERRA, J. Miguel (e VARELA, J. Antunes, e NORA Sampaio e), *Manual de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, Livraria Almedina, 1986;

*Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 2002;

CANOTILHO, J. J. Gomes (e MOREIRA, Vital), *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

CARDOSO, José Lucas, *Do problema dos conceitos indeterminados no Direito Administrativo – Para um análise dos limites funcionais da jurisdição administrativa*, in *Polis – Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, n.º 1, 1994, p. 11 a 54;

*Autoridades administrativas independentes e Constituição – Contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002;

*A posição institucional do Provedor de Justiça – O Ombudsman entre a Assembleia Parlamentar, a Administração Pública e o cidadão*, Coimbra, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2012;

*A dimensão cultural do Estado – Contributo para uma análise do Estado cultural e dos direitos e deveres culturais na Constituição da República Portuguesa*, Coimbra, 2013, 2. vol.s inédito.

CAUPERS, João, *A arbitragem nos litígios entre a Administração pública e os particulares*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 18.

CLARO, João Martins, *A arbitragem no anteprojecto do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, in *Cadernos de Justiça Administrativos*, n.º 22, 2000.

CORREIA, Fernando Alves (e MELO, António Barbosa de), *Contrato Administrativo*, Coimbra, policopiado, 1984.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987;

*Contencioso Administrativo*, Lisboa, policopiado, 1990.

CUNHA, Joaquim Silva, *Direito Internacional público – Relações Internacionais*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1990.

DROULERS, Diana C., *A mediação na América Latina*, in SOUSA, José Vasconcelos, *Mediação, Coleção O que é?*, Lisboa, Quimera Editores, 2002, p. 91 a 103.

ESQUÍVEL, José Luís, *Os contratos administrativos e a arbitragem*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004.

FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Livraria Almedina, 2014.

GARCÍA Gómez de Mercado, Francisco, *Alternativas a la solución judicial de los conflictos con la Administración*, in *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 119, 2003.

GONÇALVES, Pedro Costa (e OLIVEIRA, Mário Esteves de, e AMORIM, João Pacheco de), *Código do Procedimento Administrativo anotado*, vol. II, Coimbra, 1995.

HESPAÑA, António, *As vésperas do Leviathan – Instituições e poder político – Portugal – séc. XVII*, Coimbra, Livraria Almedina, 1994.

LOCKE, John, *Dois Tratados do Governo Civil*, tradução portuguesa de MORGADO, Miguel, Lisboa, Edições 70, 2006.

LÚCIO, Álvaro Laborinho, *O poder judicial na transição*, in COELHO, Mário Baptista; *Portugal – O Sistema Político e Constitucional 1974/87*, Lisboa, s.d. (mas 1989).

MACHETE, Pedro, *A audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1995.

MACHETE, Rui Chancerelle de, *A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente*, in *Estudos de Direito Público*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

MELO, António Barbosa de, *Direito Administrativo II – A protecção jurisdicional dos cidadãos perante a administração pública*, Coimbra, policopiado, 1987;

*Curso de Ciência da Administração (Sumários e notas)*, Porto, policopiado, 1999;

MELO, António Barbosa de (e CORREIA, Fernando Alves), *Contrato Administrativo*, Coimbra, policopiado, 1984.

MENDES, João de Castro, *Anotação ao artigo 206.º da Constituição da República Portuguesa*, in MIRANDA, Jorge (coordenação), *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa 1977, Livraria Petrony, p. 395 e ss.

MIRANDA, Jorge, *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura e princípios fundamentais*, Lisboa, Livraria Petrony, 1978;

*Ciência Política*, Lisboa, policopiado, 1983/84;

*Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

*Manual de Direito Constitucional*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MONETTE, Pierre-Yves, *De la médiation, comme mode de résolution de conflits, et de ses différentes applications*, in *Administration publique – Revue de Droit Public et des Sciences Administratives*, n.º 99/1, Bruxelles, 2000, disponível na internet em [www.federalombudsman.be/Franse%20web/Publications.htm](http://www.federalombudsman.be/Franse%20web/Publications.htm);

*Justice et médiation*, in *La Libre Belgique*, edição de 24 de Janeiro de 2004, p. 1, disponível em [www.federalombudsman.be/Artikels/Justice%20et%20médiation.htm](http://www.federalombudsman.be/Artikels/Justice%20et%20médiation.htm).

MONTEIRO, António Pinto (e PINTO, Carlos Alberto da Mota, e PINTO, Paulo Mota), *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

MOREIRA, Vital (e CANOTILHO, J. J. Gomes), *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de, *Do espírito das leis* (tradução portuguesa) de MORGADO, Miguel, Lisboa, Edições 70, 2011.

NIGRO, Mário, *Giustizia Amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983.

NORA, Sampaio (e VARELA, J. Antunes e BEZERRA, J. Miguel), *Manual de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

OLIVEIRA, Mário Esteves de (e GONÇALVES, Pedro Costa e AMORIM, João Pacheco de), *Código do Procedimento Administrativo anotado*, vol. II, Coimbra, 1995.

PERESTRELLO, Marcos, *A arbitragem institucionalizada: três passos para o seu*

*desenvolvimento*, in *Resolução alternativa de litígios – Colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE*, Lisboa, 2006.

PIÇARRA, Nuno, *A Separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

PINTO, Carlos Alberto da Mota (e MONTEIRO, António Pinto e PINTO, Paulo Mota), *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Paulo Mota (e PINTO, Carlos Alberto da Mota, e MONTEIRO, António Pinto), *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

QUEIRÓ, Afonso, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, policopiado, 1976.

RANGEL, Paulo Castro, *Reserva de jurisdição – Sentido dogmático e sentido jurisprudencial*, Porto, Universidade Católica Editora, 1997;

*Repensar o poder Judicial – Fundamentos e fragmentos*, Porto, Universidade Católica Editora, 2001.

RODRIGUES, Henrique do Nascimento, *O Provedor de Justiça, a mediação e os julgados de paz*, in *News Letter DGAE*, n.º 5, Junho de 2005.

SCHNEEBALG, Avi, *Uma breve história da mediação*, in SOUSA, José Vasconcelos; *Mediação, Coleção O que é?*, Lisboa, Quimera Editores, 2002, p. 34 a 37.

SILVA, Vasco Pereira da, *Para um contencioso administrativo dos particulares*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989.

SOARES, Rogério, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969.

SOUSA, José Vasconcelos, *Para uma maior eficácia do mediador: conhecer a negociação! – A negociação assistida (mediação) e o modelo estratégico de Lucena*, in *Resolução alternativa de litígios – Colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE*, Lisboa, 2006;

*Mediação, Coleção O que é?*, Lisboa, Quimera Editores, 2002.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Direito Constitucional – Introdução à teoria da Constituição*, Braga, Livraria Cruz, 1979.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *O antigo regime e a Revolução* (tradução portuguesa de BOM, Laurinda, e TEIXEIRA, Félix) Lisboa, Editorial Fragmentos, 1989.

TOUSCOZ, Jean, *Direito Internacional* (tradução portuguesa de MENDES, Nuno Canas) Lisboa, Publicações Europa-América, 1994.

VARELA, J. Antunes (e BEZERRA J. Miguel e NORA Sampaio e), *Manual de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

VAZ, Manuel Afonso, *Lei e reserva da lei – A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Porto, Universidade Católica Editora, 1996.

WEIL, Prosper, *O Direito Administrativo* (tradução portuguesa de LOUREIRO, A. J. Pinto, e PINTO, M.ª G. Ferreira), Coimbra, Livraria Almedina, 1977.