Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais

PEDRO COSTA GONÇALVES

O presente texto constitui a minha contribuição para o Livro de Homenagem ao Sr. Dr. António Moreira Barbosa de Melo.

Barbosa de Melo foi meu professor de Direito Administrativo, no 5º ano da licenciatura em Direito, no ano letivo de 1987-88; logo aí, numa prova oral que não esqueço, bem como em muitas conversas posteriores, sempre me inspirou a orientar a procura do conhecimento de forma crítica e reflexiva. Para mim, esta foi a sua grande lição.

SUMÁRIO: Nota prévia. 1 – Jurisdição arbitral. 2 – Jurisdição arbitral e Administração Pública. 3 – Jurisdição arbitral e contencioso de legalidade administrativa. 4 – Irrecorribilidade de sentenças arbitrais na arbitragem administrativa. 4.1 – Uma solução sistematicamente coerente. 4.2 – Excurso: limites à autonomia dos tribunais arbitrais. 5 – Uma nota final e à margem (ainda) sobre a renúncia da Administração Pública ao recurso de decisões arbitrais sobre a validade de contratos administrativos.

1 – Jurisdição arbitral

A função pública jurisdicional é em geral definida como função do Estado que se traduz em julgar, em "dizer imparcial ou objectivamente o direito nos

conflitos concretos, resolvendo-os definitivamente e restaurando, assim, a paz social perturbada"[1].

O artigo 202º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa reserva aos tribunais o desempenho dessa função pública: "os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo".

A finalidade primeira dessa norma constitucional reside em consagrar uma reserva de jurisdição no âmbito das relações internas entre os vários poderes do Estado: o desempenho da jurisdição, enquanto função pública do Estado, encontra-se confiado a órgãos públicos que preencham os requisitos tidos como necessários para poderem ser qualificados como tribunais. A reserva de jurisdição aos tribunais refere-se, portanto, à jurisdição *enquanto função pública do Estado.*

Além disso, o teor do mesmo preceito permite ainda dizer que a jurisdição, enquanto função por cujo desempenho o Estado é responsável – e que, além do mais, o obriga a disponibilizar um *serviço público de justiça* –, não pode ficar confiada ou ser entregue a instâncias não estaduais: é o que decorre da referência aos tribunais como "órgãos de soberania", conceito que pressupõe e exige a natureza estadual dos tribunais. Ao contrário do que sucedeu durante certas fases da Idade Média (senhores feudais), bem como na Época Moderna (companhias de navegação), hoje não pode haver uma delegação de funções públicas jurisdicionais em particulares.

Da Constituição resulta, por conseguinte, que, na organização do Estado, só os tribunais podem exercer a função jurisdicional enquanto função da responsabilidade do Estado.

A conclusão segundo a qual a Constituição estabelece uma reserva ou monopólio dos tribunais estaduais apenas quanto ao desempenho da função jurisdicional *enquanto função da responsabilidade do Estado* deixa perceber que o sentido da citada norma constitucional não reside em consagrar um "monopólio estadual da função jurisdicional" ou um sistema de "exclusividade da justiça pública"[2].

Assume, por isso, validade também entre nós a asserção da doutrina alemã segundo a qual a jurisdição não é apenas a função estadual reservada aos órgãos estaduais do terceiro poder. Ao invés, função jurisdicional ou jurisdição apresenta-se como uma "Oberbegriff", que, além da estadual, inclui a *jurisdição não estadual*, uma jurisdição que se localiza, por conseguinte, fora do Estado.

[1] *Cf.* A. M. Barbosa de Melo, *Notas de Contencioso Comunitário* (polic.); Coimbra, 1986, p. 6.
[2] Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 32/87 (de 28/01/87) e 86/87 (de 25/02/87).

A aceitação de uma "jurisdição fora do Estado" filia-se na recusa de uma conceção exclusivamente estatista do direito e da justiça e no princípio de que a resolução de conflitos, através de instrumentos de hétero-composição, pode ser "deixada"[3] aos particulares, no campo da autonomia privada, num "espaço social" e não estadual.

Os conceitos de jurisdição não estadual ou de função jurisdicional exercida por particulares no quadro da autonomia privada remetem-nos, todos eles, para uma realidade bem conhecida: os *tribunais arbitrais*.

Desde a primeira revisão (1982), a Constituição admite expressamente a existência desta categoria de tribunais (atual artigo 209º, nº 2).

Aliás, mesmo na falta de uma previsão constitucional expressa, não haveria dúvidas quanto à possibilidade dos tribunais arbitrais[4]: representando decerto uma "exceção à jurisdição estadual" ou um "meio alternativo da justiça judicial"[5], a instituição de tribunais arbitrais não constitui uma exceção à reserva de jurisdição.

Com efeito, a jurisdição arbitral, como jurisdição "inteiramente «privada» e «consensual»"[6], não infringe os preceitos constitucionais sobre a reserva de jurisdição – que, insiste-se, traduz uma "reserva de jurisdição *estadual*" –, nem os que consagram a garantia de acesso ao direito e aos tribunais (conquanto seja livre e voluntário o acesso à justiça arbitral[7]).

[3] "Deixada" e "não delegada", já se vê.

[4] Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 32/87 e 86/87.

[5] Preâmbulo do Decreto-Lei nº 425/86, de 27 de Dezembro, sobre a criação de centros institucionais de arbitragem voluntária.

[6] Acórdão do Tribunal Constitucional nº 86/87.

[7] Em geral, o tema já se equaciona noutros termos no cenário da designada arbitragem necessária; *cf.*, a este respeito, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 230/2013 (de 09/05/2013). Ainda que um tanto deslocado do problema que pretendemos enfrentar no presente texto, não resistimos a tecer um pequeno comentário ao referido Acórdão, que – por violação do direito de acesso aos tribunais, em articulação com o princípio da proporcionalidade, e do princípio da tutela jurisdicional efetiva – considerou inconstitucional uma norma que excluía o recurso de mérito de decisões de um tribunal arbitral necessário (Tribunal Arbitral do Desporto). Embora concordando com a doutrina do Acórdão, se idealizada para a arbitragem necessária em geral, julgamos que a ponderação de alguns fatores específicos do caso concreto poderia e devedira ter conduzido a um veredicto de não inconstitucionalidade.
Os fatores que o Tribunal Constitucional deveria ter ponderado são os seguintes: *i)* inserção da justiça desportiva no conceito de regulação desportiva; *ii)* dimensão internacional da regulação desportiva, com uma generalizada proibição da intromissão dos tribunais do Estado em questões do âmbito desportivo (em sentido lato); *iii)* o facto de a solução de exclusão do recurso surgir

Numa caracterização breve, sublinham-se os seguintes traços fundamentais dos tribunais arbitrais (voluntários).

i) São verdadeiros tribunais – Como se observa num Acórdão do Tribunal Constitucional (nº 230/86), o "tribunal arbitral voluntário, mesmo em doutrina pura, é tido e considerado como real e verdadeiro tribunal. É um tribunal que cabe na definição genérica dada por Marcello Caetano, segundo a qual «tribunal é o órgão singular ou colegial que a requerimento de alguém, e procedendo com imparcialidade e independência segundo as fórmulas pré-estabelecidas, possui autoridade para fixar a versão autêntica dos factos incertos ou controversos de um caso concreto a fim de determinar o direito aplicável a esse caso com força obrigatória para os interessados»".

Os tribunais arbitrais não são contudo tribunais iguais aos do Estado: não estão integrados na organização estadual (antes formam um *sistema paralelo* ou *alternativo*), o Estado não é responsável pelo seu funcionamento, os seus juízes não são juízes de carreira, nem estão sujeitos ao estatuto constitucional destes, além de não serem nomeados pelo Estado. Por não pertencerem ao Estado, os tribunais arbitrais não constituem "órgãos de soberania"[8].

Pelo facto de não se tratar de tribunais do Estado, a possibilidade de tribunais arbitrais constitui, em si mesma, uma *possibilidade de renúncia* aos tribunais do Estado. Quer dizer, a previsão e a admissibilidade da arbitragem representam a abertura do sistema jurídico a uma justiça – feita por verdadeiros tribunais – com um carácter alternativo à justiça dos tribunais do Estado.

numa lei que regulava, de forma minuciosa, o funcionamento do tribunal arbitral necessário, assegurando, além do mais, condições de rigorosa imparcialidade dos árbitros, bem como o recurso das decisões arbitrais para uma câmara de recurso.

Pois bem, as considerações referidas nas alíneas *i)* e *ii)* justificam, claramente, um arranjo especial da arbitragem em relação a litígios do âmbito ordenamento jurídico desportivo; um arranjo que passa por uma lógica de distanciação da justiça do desporto em relação aos tribunais do Estado.

A consideração referida na alínea *iii)* demonstra que, *in casu*, o Estado-Legislador não se dispensou do *dever de garantir o acesso ao direito e aos tribunais*; bem pelo contrário, estabeleceu, com detalhe, um sistema de resolução judicial de litígios do âmbito do ordenamento jurídico desportivo. É certo que o Tribunal Arbitral do Desporto não estava configurado com um tribunal do Estado. Mas ficou muito claro que se tratava de um tribunal de criação e, sobretudo, objeto de conformação estadual. Um modelo de Tribunal delineado com tais cautelas autorizava o legislador a dispensar o recurso sobre o fundo da causa para os tribunais do Estado.

[8] Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 230/86 (de 08/07/86) e 757/95 (de 20/12/95).

ii) São as partes do litígio que, por sua iniciativa e vontade, se submetem ao poder jurisdicional dos tribunais arbitrais e assim legitimam o exercício desse poder no caso concreto – O fundamento imediato da *potestas* dos árbitros para resolver um *caso específico* reside sempre num ato jurídico, de carácter negocial, pelo qual as partes manifestam a vontade comum de se submeterem ao tribunal arbitral. A autonomia que se reconhece às partes neste âmbito consiste na "autonomia para escolher o juiz" a quem as mesmas confiam a resolução de um litígio existente ou eventual.

iii) Fundamento legal da arbitragem – Apesar de não se assumir como a fonte imediata do *poder concreto* de resolver um litígio e de impor a resolução aos litigantes, é a lei que prevê e enquadra juridicamente a arbitragem. Pode mesmo falar-se de um *princípio de legalidade da arbitragem*, porquanto é à lei que cabe definir o modo de organização e de funcionamento dos tribunais arbitrais, certas regras do processo arbitral, bem como o valor e força jurídica da decisão arbitral (sentença). Como se escreve num Acórdão do Tribunal Constitucional (nº 311/08) "o poder de decisão do tribunal arbitral, mesmo quando assenta na vontade das partes, tem uma óbvia dimensão institucional, sujeita a condicionamentos e restrições decorrentes da regulação estadual. A liberdade de celebração de uma convenção de arbitragem, que se traduz na atribuição de competência a um tribunal arbitral, não é auto-realizável, ficando a eficácia do seu exercício dependente de uma actividade de administração da justiça estritamente conformada, de modo a oferecer garantias equivalentes às de um tribunal judicial. Ao admitir um poder de julgar paralelo ao dos tribunais integrados na organização judiciária, o Estado não se demite do seu papel de garante último da realização da justiça". É isto mesmo: o poder de julgar dos tribunais arbitrais é, com fundamento na lei e no quadro de regras legais estabelecido e garantido pelo Estado, um *poder paralelo* ao dos tribunais do Estado.

iv) O critério de arbitrabilidade (litígios que podem ser submetidos a tribunais arbitrais) reside na natureza patrimonial dos interesses envolvidos – Em rutura com a LAV 1986[9], a LAV 2011[10] passou a estabelecer que "qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes [...] à decisão de árbitros"[11]. Compreende-se o abandono do critério da disponibilidade

[9] Lei da Arbitragem Voluntária de 1986: Lei nº 31/86, de 29 de agosto.

[10] Lei de Arbitragem Voluntária (em vigor), aprovada pela Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro.

[11] O artigo 1º, nº 2, da LAV 2011 acrescenta que é também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes

dos direitos, posto que, como já vimos, o que a arbitragem pressupõe é a *liberdade de escolha do juiz* para resolver um litígio e não a liberdade de disposição dos direitos que as partes pretendem fazer valer judicialmente[12].

v) Os tribunais arbitrais exercem uma função materialmente jurisdicional – Embora com fundamento imediato na vontade das partes, por elas legitimados, os tribunais arbitrais, como verdadeiros tribunais, exercem a função jurisdicional. A decisão arbitral não assenta numa composição negocial entre as partes, constituindo antes um ato jurisdicional[13]; a arbitragem é, na verdade, um meio de resolução de conflitos "convencional pela sua origem, mas jurisdicional pela sua função"[14]. Assim, nada tinha de estranho a referência, na LAV 1986, ao "poder jurisdicional dos árbitros" (artigo 25º). Como os juízes do Estado, os árbitros "dizem o direito", declaram a resposta que o direito fornece para o caso que apreciam. Mesmo quando são autorizados a julgar segundo a equidade, fazem-no com a mesma força declarativa (a decisão arbitral faz caso julgado), bem como com a mesma força executiva da sentença de um tribunal estadual (artigos 26º da LAV 1986 e 48º do Código de Processo Civil). Em suma, tratando-se de verdadeiros tribunais, as suas decisões têm força de caso julgado[15]; são sentenças (*cf.* artigo 27., nº 1, da LAV 1986 e vários preceitos da LAV 2011). Quer dizer, a arbitragem funda-se imediatamente num negócio jurídico sobre a escolha de uma via alternativa aos tribunais do Estado, mas a decisão arbitral não é um negócio jurídico entre as partes: é uma verdadeira sentença de um verdadeiro tribunal.

vi) O carácter alternativo da jurisdição arbitral explica a exclusão dos recursos das decisões arbitrais – A jurisdição arbitral resulta do poder, que a lei enquadra e reconhece, de as partes escolherem o seu juiz, um juiz alternativo ao tribunal do Estado: esta dimensão alternativa envolve, como *decorrência lógica e natural,*

possam celebrar transação sobre o direito controvertido. A lei vem assim permitir a alargar o âmbito da arbitrabilidade, de modo a abranger litígios que podem não respeitar a interesses de natureza patrimonial e a incluir os designados "negócios de personalidade": neste sentido, *cf.* António Sampaio Caramelo, "Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema", *in Temas de Direito da Arbitragem*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 255 e segs. (p. 279).

[12] Para a crítica do tradicional critério da disponibilidade, *cf.* António Sampaio Caramelo, *ibidem*.

[13] *Cf.* Sérvulo COrreia, *Direito do Contencioso Administrativo*, Lisboa, Lex, 2005, p. 685.

[14] *Cf.* C. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, pp. 4 e 101.

[15] *Cf.* Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 250/96 (de 29/02/96) e 506/96 (de 21/03/96).

a aceitação da possibilidade de exclusão dos recursos das decisões arbitrais[16], quer a partir de um "princípio de recurso, salvo renúncia" (LAV 1986), quer – solução que se afigura "mais consentânea com o instituto da arbitragem voluntária"[17] – com base num "princípio de irrecorribilidade, salvo previsão convencional expressa" (LAV 2011). Assim, em coerência com o sentido específico da arbitragem, a lei entrega às partes um poder de disponibilidade sobre o regime dos recursos, a começar logo "pela própria recorribilidade das decisões proferidas em processo arbitral[18]".

2 – Jurisdição arbitral e Administração Pública

Acabámos de analisar os contornos da jurisdição arbitral em geral, sem cuidar das especificidades da designada arbitragem de direito administrativo ou, de forma ainda mais abrangente, da arbitragem como sistema de resolução de conflitos que envolvam a Administração Pública.

Não se revela oportuno desenvolver aqui e agora todas as dimensões específicas que o tema da arbitragem suscita no âmbito de conflitos que envolvem a Administração Pública.

Todavia, não queremos dispensar-nos de alinhavar algumas notas.

Assim, em primeiro lugar, importa observar que a referência à arbitragem como um tema problemático e até controverso no âmbito jurídico-administrativo[19] não assenta numa "ideia abstrata" sobre o conceito de arbitragem, mas pressupõe antes um regime jurídico concretamente definido. Ou seja, a referência à arbitragem como processo de resolução de litígios pressupõe um sistema com as características ou notas acima definidas: os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais; são as partes que, por sua vontade e no exercício de um poder enquadrado por lei, decidem instituir a via arbitral e renunciar aos

[16] *Cf.* Acórdão do Tribunal Constitucional nº 256/2012 (de 23/05/2012), confirmando ser "admissível que o direito de recurso, para os tribunais comuns, das decisões proferidas pelos tribunais arbitrais possa ser mais intensamente restringido e até mesmo alvo de supressão".

[17] *Cf.* Paula Costa e Silva, "Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 56, I, 1996, pp. 179 e segs. (p. 189).

[18] *Cf.* Luís Carvalho Fernandes, "Dos recursos em processo arbitral", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, pp. 139 e segs. (p. 143).

[19] No sentido de que, por muito tempo, a locução "arbitragem no direito administrativo" constituía um oximoro, *cf.* A. Sandulli, "L'arbitrato nel codice del processo amministrativo", *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, nº 2, p. 205.

tribunais do Estado; os tribunais arbitrais exercem uma função materialmente jurisdicional; o recurso das decisões arbitrais para os tribunais estaduais pode ser excluído pelas partes. A controvérsia e a dúvida sobre a arbitragem no espaço jurídico-administrativo emergem a partir desta "ideia concretizada" da arbitragem num ato legislativo.

Claro que o direito administrativo pode estabelecer desvios mais ou menos amplos e importantes ao regime que acaba de se identificar. Poderia pensar-se mesmo numa configuração autónoma da "arbitragem de direito administrativo". Sucede que – diríamos, sem surpresa – a lei administrativa não utiliza essa prerrogativa e não estabelece mais do que desvios pontuais ao regime jurídico geral da arbitragem voluntária[20]. De resto, ilustrando um princípio de adoção do regime jurídico traçado em geral, veja-se o disposto no artigo 181º do CPTA, a estabelecer que o "tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre a arbitragem voluntária".

Percebe-se que assim seja, pois, o que se pode esperar da lei administrativa é, *fundamentalmente*, que confira à Administração uma "autorização" para celebrar convenções de arbitragem[21].

[20] Esses desvios existem efetivamente: *v.g.*, exclusão de arbitragem no caso de existirem contrainteressados, salvo se estes aceitarem o compromisso arbitral (artigo 180º, nº 2); direito à outorga do compromisso arbitral (artigo 182º).

[21] Ao contrário do que sucede com os particulares, a Administração não dispõe de um poder próprio de se submeter a tribunais arbitrais. Este poder há de resultar, direta ou indiretamente, da lei. De resto, isso explica que, em relação à Administração, o critério da arbitrabilidade nunca tenha sido o da "disponibilidade dos direitos" – critério imprestável nas questões litigiosas que envolvam a Administração Pública – mas antes o da *autorização legal*, conferida em função de outros indicadores (no ETAF de 1984: "litígios no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública"; no CPTA: artigo 180º, nº 1, o qual, contudo, na alínea *d)*, acolhe uma inesperada e desadequada referência ao critério da disponibilidade de direitos). Assim, a Administração não pode submeter-se a árbitros segundo o critério da disponibilidade, mas antes porque está autorizada por lei. Nesta linha, vejam-se os artigos 1º, nº 4, da LAV 1986 e 1º, nº 5 da LAV 2011, estabelecendo que o Estado e as pessoas coletivas de direito público "podem" celebrar convenções de arbitragem, "se" ou "na medida em que" para tanto estejam autorizados por lei; os mesmos preceitos correspondem a normas de autorização daquelas entidades para a celebração de convenções de arbitragem que tenham por objeto litígios de direito privado, neste caso, de acordo com o critério de arbitrabilidade estabelecido em cada caso. Em sentido diferente, baseando a arbitragem no contencioso administrativo português no critério da "disponibilidade do direito", *cf.* Ana Perestrelo de Oliveira, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2007, em especial p. 55 e segs.

Surgirão, depois – poderemos aceitá-lo –, dois tipos de questões que reclamam uma regulamentação específica, por estar em causa a arbitragem sobre questões administrativas (= questões que envolvam a Administração Pública).

Referimo-nos à necessidade de estipulação de limites relacionados com a situação jurídica de *terceiros*, por um lado, e, *porventura*, a um desenvolvimento sobre a definição do perímetro da arbitrabilidade no âmbito jurídico-administrativo, por outro lado.

Note-se, porém, que, bem vistas as coisas, estas duas exigências – de definição de limites subjetivos e de definição do perímetro da arbitrabilidade –, não constituem sequer uma especificidade jurídico-administrativa.

Assim, por um lado, a base contratual da arbitragem limita a incidência desta, que não pode afetar pessoas que não sejam partes na convenção arbitral. Ora este limite não surge apenas no direito administrativo, mas, por exemplo, também em litígios respeitantes à insolvência[22].

Quanto à segunda exigência de regulamentação da arbitragem no âmbito do direito administrativo, importa recordar que também é a lei do Estado que tem de definir o círculo da arbitrabilidade dos litígios que envolvam apenas particulares. *Hoc sensu*, a exigência de regulamentação e, em particular, o fundamento legal da arbitragem impõem-se, com a mesma extensão e a mesma força, tanto no âmbito da arbitragem para a resolução de litígios entre particulares como no domínio da arbitragem para a resolução de litígios que envolvam a Administração Pública.

Em relação a este último ponto, acrescenta-se que pode até suceder que o direito administrativo se dispense de definir um âmbito específico da arbitragem sobre questões administrativas.

Assim sucede, por exemplo, na Alemanha, onde, apesar da importância prática modesta[23], o âmbito da arbitragem de direito administrativo coincide com o âmbito da arbitragem em geral, estabelecido nos termos do § 1030, nº 1, da *Zivilprozessordnung*: "*Qualquer pretensão jurídica de carácter patrimonial pode ser objeto de convenção de arbitragem. Uma convenção de arbitragem sobre pretensões jurídicas de carácter não patrimonial tem também eficácia jurídica quando as partes possam celebrar uma transação sobre o objeto do litígio*".

[22] Sobre os "limites contratuais da arbitragem", *cf.* António SAMPAIO CARAMELO, "Critérios de arbitrabilidade", *cit.*, pp. 281 e segs.

[23] *Cf.* F. SCHOCH, "Gerichtliche Verwaltungskontrollen", in HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, III, München, Beck, 2009, pp. 929 e segs.

O âmbito da arbitrabilidade ("Schiedsfähigkeit") assim definido[24] conhece uma aplicação generalizada, e, sem controvérsia, define também o âmbito da arbitragem no direito administrativo[25].

Assim poderia ser também entre nós, pois o "carácter privado" da justiça arbitral não reclama uma solução diferenciada em função da natureza das partes ou do tipo de litígio a dirimir pelo tribunal arbitral.

Estamos, por conseguinte, a incluir no círculo da arbitrabilidade teoricamente possível os litígios relacionados com o exercício do poder e da autoridade pública, quer por via de ato, quer por via de regulamento administrativo. Na verdade, não se descortina nenhuma razão imperiosa para subtrair aos tribunais arbitrais a apreciação de qualquer questão de direito administrativo: seja, desde logo, porque os tribunais arbitrais têm a natureza de tribunais, seja porque atualmente os tribunais do Estado sempre poderão ver-se chamados a intervir por um extenso leque de terceiros relacionados com a situação litigiosa, além do Ministério Público e do ator popular.

Em Portugal, porém, a lei administrativa define o âmbito específico da arbitragem administrativa, não se limitando, pois, a autorizar a Administração a celebrar (ou a pressupor que esta celebra) convenções de arbitragem nos termos gerais[26]-[27].

[24] Oferece-se evidente que o § 1030 da ZPO inspirou, em toda a linha, os n.os 1 e 2 do artigo 1º da LAV 2011.

[25] Neste sentido, C. A. STUMPF, *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, Tübingen, Siebeck, 2006, p. 117. No direito alemão, não há uma lei administrativa a autorizar, em geral, a Administração a outorgar convenções de arbitragem. Como a doutrina esclarece, a lei – em concreto, a lei do processo administrativo (*Verwaltungsgerichtsordnung*): §§ 173, e 168, 1 (5) – limita-se a pressupor que a Administração se submete a arbitragem nos termos gerais, previstos na lei processual civil; neste sentido, *cf.*, F. SCHOCH/J.-P. SCHNEIDER/W. BIER, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, München, I, Beck, 2012, p. 244.

[26] No sentido de que os tribunais arbitrais "só são admitidos em termos circunscritos no âmbito da jurisdição administrativa, sobretudo por se tratar de tribunais constituídos por juízes privados", *cf.* José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 125.

[27] Também em Itália, a alteração de 2011 do *Codice del Processo Amministrativo*, promovendo um alargamento significativo da arbitragem administrativa – ao estabelecer que as controvérsias relativas a direitos subjetivos da competência da jurisdição administrativa podem ser resolvidas mediante arbitragem – remete os termos de funcionamento da arbitragem para a lei do processo civil (como nota SANDULLI, *ob. cit.*, p. 211, trata-se de uma solução legislativa de "abertura ao direito comum", que rompe com a ideia de publicização do instituto da arbitragem). Sem prejuízo do reenvio para o direito comum, a lei processual administrativa limita o âmbito da

Atualmente essa indicação encontra-se no artigo 1º, nº 5, da LAV 2011, em relação aos "litígios de direito privado", e no artigo 180º do CPTA, quanto aos litígios de direito administrativo.

Posto que esteja em causa um litígio arbitrável, a Administração encontra-se legalmente autorizada a celebrar convenção de arbitragem. Pode fazê-lo nos termos gerais "da lei sobre arbitragem voluntária" (artigo 181º do CPTA).

Ao vincular-se por uma convenção de arbitragem, a Administração Pública exerce um *poder conferido por lei*, que se apresenta livre no seu exercício em concreto ("discricionariedade livre"): o poder de escolher a via judicial (estadual ou arbitral) para decidir um litígio.

O facto de ter como parte um sujeito da Administração Pública não descaracteriza a convenção de arbitragem como *contrato de direito privado*. Nesta direção aponta o próprio sentido da autorização conferida à Administração para celebrar convenções de arbitragem. Trata-se, com efeito, de uma autorização para a utilização de um contrato regulado por regras aplicáveis a qualquer sujeito ("direito de todos"). Está aqui presente uma mera "norma de competência", que remete a Administração Pública para um regime geral, de aplicação universal; além disso, esse contrato não concretiza nenhum dos índices de administratividade estabelecidos no nº 6 do artigo 1º do Código dos Contratos Públicos. Estamos, pois, diante de um caso em que a lei (administrativa) confere à Administração Pública o poder de se servir dos instrumentos jurídicos de ação da esfera do *direito comum*, do direito privado.

É certo que a convenção de arbitragem pode ter como suporte formal uma "cláusula compromissória" inserta num *contrato administrativo*. Esta circunstância, aliás frequente, não prejudica o que acabámos de afirmar, pois a cláusula compromissória é expressão de um contrato *distinto* do "contrato principal": resulta de outro acordo de vontades, conhece uma base legal autónoma e diferente e encontra-se submetido a uma regulamentação legal também autónoma e diferente: o fundamento legal da cláusula compromissória reside no artigo 180º, nº 1, alínea *a)*,

arbitragem, parecendo afastar as questões contenciosas atinentes a interesses legítimos (limitação baseada, segundo alguns autores, na ideia de indisponibilidade do poder de autoridade associado ao exercício de funções públicas); neste sentido, *cf.* A. Quaranta/V. Lopilato, *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 164; contra, porém, *cf.* Sandulli, *ibidem*, considerando que o facto de a lei se referir a direitos subjetivos significa que o critério a ter em conta é o da situação jurídica subjetiva, pelo que a presença de um poder administrativo não representa, de per si, um índice de não arbitrabilidade.

do CPTA e, por remissão do CPTA, a regulamentação da arbitragem encontra-se na LAV[28]. Na compreensão que se nos afigura correta, a cláusula compromissória constitui um *outro* contrato, ainda que *dependente* do "contrato principal"[29]. Na sua versão compacta ou consolidada, o fenómeno apresenta-se com a feição de uma "união de contratos", na modalidade de "união com dependência", para utilizarmos a nomenclatura de Inocêncio Galvão Teles[30]. O contrato de arbitragem depende do contrato principal, quanto à sua vigência, bem como quanto à sua validade, mas constitui um contrato distinto[31].

Em síntese, dentro dos limites consentidos pela lei, os responsáveis pela entidade da Administração Pública que é parte do litígio, ao celebrarem a convenção arbitral, manifestam uma vontade livre de vinculação ao sistema de jurisdição arbitral e de renúncia aos tribunais do Estado.

O *princípio geral* nesta matéria há de ser o do funcionamento da arbitragem administrativa nos termos da lei geral da arbitragem voluntária: é a lei administrativa que reenvia para o *direito comum* a regulamentação da arbitragem. Não se assiste no direito português, já o sabemos, a uma *publicização* da arbitragem sobre questões administrativas.

[28] Referindo-se, neste contexto, à autonomia (*separabilidade*) da cláusula compromissória em relação ao contrato em que se encontra inserta, *cf.* António SAMPAIO CARAMELO, "A «autonomia» da cláusula compromissória e a competência da competência do tribunal arbitral", *in Temas, cit.*, p. 105 e segs.

[29] A relação de *depend*ência do contrato arbitral por referência ao contrato principal conhece uma consequência imediata: a nulidade ou a ineficácia (*v.g.*, por recusa de visto do Tribunal de Contas) do contrato principal implica a ineficácia da convenção de arbitragem. Quer isto dizer que *essa* convenção de arbitragem deixa de ser fundamento de qualquer processo arbitral (por exemplo, para apreciar litígios relativos à execução do contrato ou à responsabilidade por prejuízos decorrentes da recusa de visto).

[30] *Cf.* Inocêncio GALVÃO TELES, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 475.

[31] A respeito da natureza jurídica dos contratos mistos, que conjugam elementos contratuais de direito privado e de direito público, V. SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, Tübingen, Siebeck, 2000, p. 131 e segs., distingue-os entre contratos inseparáveis e separáveis, em função de a união entre eles resultar de obrigações que se conjugam por um vínculo inseparável ou não; em relação aos primeiros, sem surpresa, o Autor conclui que, cada contrato separável, sem prejuízo da união, tem a sua natureza jurídica própria, podendo ordenar-se no direito público e outro no direito privado. Para este efeito, parece-nos que a relação entre contrato de arbitragem e contrato principal se acomoda melhor numa lógica de separabilidade.

Sem prejuízo da previsão de algumas regras de direito administrativo – que, mais do que uma função de *regulação*, cumprem uma função específica e circunscrita de *limitação* (eis o que sucede com os nos. 1 e 2 do artigo 180º do CPTA) –, a arbitragem como sistema de resolução de litígios que envolvem a Administração Pública é a figura regulada na lei geral sobre a arbitragem voluntária.

3 – Jurisdição arbitral e contencioso de legalidade administrativa

Quando envolva como parte a Administração Pública, o processo arbitral revela-se suscetível de envolver de uma forma especialmente marcante o tema do controlo da legalidade administrativa por juízes não estaduais.

Em abono da verdade, importa sublinhar que esse tema não surge apenas na arbitragem administrativa, pois pode colocar-se igualmente nas arbitragens de direito privado, a respeito de litígios entre particulares: também aqui, a questão contenciosa, o litígio, pode surgir a respeito da legalidade/ilegalidade de um ato jurídico unilateral (*v.g.*, deliberação social), de um contrato ou de uma pretensão.

Não obstante, há dois aspetos que fazem do controlo da legalidade de atos da Administração por tribunais arbitrais um tema aparentemente mais sensível do que em geral: por um lado, a amplitude das vinculações legais é incomensuravelmente maior no caso da Administração (esta só pode fazer o que a lei autoriza e nas condições desta autorização), e, por outro lado, a submissão administrativa à lei é apenas um dos termos do *princípio da separação de poderes*, consistindo o outro termo na submissão da Administração aos tribunais (= tribunais estaduais).

O tema das interseções entre arbitragem e legalidade administrativa suscita, pois, uma abordagem problemática.

É o que procuramos fazer a seguir.

Já foi notada a infelicidade da solução acolhida no CPTA quanto ao critério de arbitrabilidade de atos administrativos: artigo 180º, nº 1, alínea *c)*[32].

Na verdade, a lei baseia-se num critério absolutamente imprestável para definir os casos em que as questões relativas a atos administrativos podem ser decidas por tribunal arbitral. A solução legal parece orientar-se, nesse

[32] *Cf. cf.* o nosso *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 576; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Coimbra, Almedina, 2012, vol. II, em especial, pp. 12 e segs.

caso, por um critério de disponibilidade da Administração Pública sobre o ato administrativo, como se fosse esse poder (de dispor do ato administrativo) que o tribunal arbitral vai exercer.

A orientação da lei já se revela diferente no domínio das "questões respeitantes a contratos", as quais podem incluir "a apreciação de actos administrativos relativos à respetiva execução": artigo 180º, nº 1, alínea *a)*.

Não se suscitam dúvidas sobre o âmbito legal da arbitrabilidade dos contratos da Administração. Com efeito, nos termos da lei, o tribunal arbitral pode ser constituído para o julgamento de "questões respeitantes a contratos": artigo 180º, nº 1, alínea *a)*, do CPTA.

O contexto em que a norma se encontra inserida esclarece cabalmente o âmbito das questões arbitráveis respeitantes a contratos: atente-se no artigo 4º, nº 1, alínea *f)*, do ETAF, que se refere aos litígios que tenham por objeto "questões relativas à interpretação, *validade* e execução de contratos", fórmula que surge também no artigo 37º, nº 2, alínea *h)*, do CPTA e que, em parte, está presente na distinção entre o nº 1 e o nº 2 do artigo 40º do mesmo CPTA (em parte, porque a lei "esqueceu-se" dos pedidos relativos à interpretação)[33]. É pois evidente que as "questões respeitantes a contratos" podem ser questões respeitantes à "validade de contratos"[34]. O mesmo se aplica aos atos administrativos relativos à execução de contratos, posto que o CPTA a indicação de que a apreciação dos mesmos pode ser submetida a tribunal arbitral não pode deixar de incluir a apreciação da respetiva conformidade legal.

Tendo em consideração as alíneas *a)* e *c)* do nº 1 do artigo 180º do CPTA, pode dizer-se que a lei acolheu um critério formal de distinção entre ato administrativo e contrato (da Administração) – embora, aparentemente, com uma atenuação da rigidez do mesmo em relação aos atos administrativos contratuais.

Ora, para este efeito, parece-nos, a dicotomia entre contrato e ato administrativo não faz sentido. Nenhuma orientação, de carácter teórico ou prático,

[33] A fórmula "questões sobre interpretação, validade e execução dos contratos" é mesmo uma fórmula clássica para identificar o bloco de questões contenciosas relativas a contratos, cuja resolução pode caber aos tribunais do Estado ou a tribunais arbitrais: veja-se, neste sentido, o artigo 253º do (revogado) Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de março.

[34] Abertamente, no sentido de que, nos termos do CPTA, os tribunais arbitrais podem ainda pronunciar-se sobre a validade de atos administrativos (atos relativos à execução de contratos e atos atinentes a relações jurídicas de emprego público), *cf.* Mário AROSO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pp. 11 e segs.

conduz a considerar decisivo discernir os litígios relacionados com atos administrativos em face dos litígios relacionados com contratos administrativos. Basta pensar que a natureza do litígio pode ser exatamente a mesma, quer se trate de questões relativas a atos administrativos, quer se trate de questões relativas a contratos: assim, por exemplo, a questão sobre se uma obrigação (emergente de um ato ou de um contrato) foi ou não cumprida; a questão sobre se um ato administrativo ou um contrato está conforme com a lei.

Neste domínio, em que está em análise o âmbito da intervenção de um tribunal arbitral sobre questões de direito administrativo, a distinção entre ato e contrato não tem qualquer relevância. A distinção que poderia *eventualmente* conhecer alguma relevância neste domínio seria entre, por um lado, a apreciação e julgamento de "questões de legalidade administrativa", e, por outro lado, a apreciação e julgamento de "outras questões contenciosas" (*v.g.*, sobre o cumprimento ou não cumprimento de uma obrigação; sobre a existência ou não de um dever; sobre a interpretação de uma cláusula).

Recorde-se que a apreciação de questões de legalidade pode levar o tribunal arbitral a anular ou a declarar nulo um ato administrativo ou um contrato ou a condenar a Administração a praticar um ato administrativo ilegalmente em falta. E, precisamente quanto a isto, pode aceitar-se a emergência de um problema específico. De facto, emerge de uma forma quase intuitiva o facto de uma decisão arbitral – de "juízes privados" – que anula ou que declara nulo um ato administrativo ou um contrato (ou um regulamento) administrativo colocar problemas específicos e provocar um impacto particular no sistema jurídico; aparentemente, um impacto bem diferente daquele que resulta de uma decisão que condena a Administração ou a outra parte a cumprir uma obrigação pecuniária ou de prestação de facto.

Diga-se, contudo e desde já, que ao colocar a questão nos termos expostos não se pretende de modo algum, sugerir a bondade de uma solução bifurcada, no sentido, por exemplo, de não admitir a arbitragem administrativa sobre questões contenciosas de legalidade e admiti-la quanto às outras questões nos termos gerais da LAV.

O nosso propósito reside tão-somente, por um lado, em desvalorizar claramente o préstimo de uma distinção formal (ato administrativo e contrato) e, por outro lado, em sublinhar a importância científica, dogmática e jurídica da distinção entre a apreciação da legalidade e a apreciação de questões contenciosas, de litígios, de outra natureza, que não envolvam um juízo direto sobre a conformidade legal de um ato jurídico da Administração Pública.

Mas, desenvolvendo um pouco mais o argumento e avançando mesmo para a defesa de uma tese, esclarecemos que, apesar de fazer sentido ter presente a distinção aqui aludida, não encontramos nenhuma razão substancial no plano jurídico para se questionar a admissibilidade da arbitragem administrativa nos mesmos termos, quer sobre questões de legalidade administrativa, quer sobre outras questões contenciosas.

Vejamos.

Em primeiro lugar, o juízo sobre a legalidade é um juízo jurídico, fundado na lei, naturalmente ao alcance judicativo de um tribunal arbitral; este está em condições de o fazer nos mesmos termos de um tribunal do Estado. O tribunal do Estado não tem a seu favor nenhum atributo particular que o credibilize de forma especial para ajuizar sobre a legalidade de um contrato ou de um ato administrativo.

Além disso, a circunstância de o tribunal arbitral poder vir a anular um ato administrativo ou a declarar nulo um contrato administrativo nada tem de surpreendente nem de estranho, se tivermos em conta que o tribunal arbitral é um verdadeiro tribunal, enquadrado pelo direito do Estado. Tendo presente a conhecida omnipresença do princípio da legalidade nas atuações que envolvem a Administração, a simples permissão legal de arbitragem administrativa significa imediata e automaticamente uma filosofia de abertura e de adesão do ordenamento jurídico ao controlo da legalidade administrativa por tribunais arbitrais.

Ponderando agora argumentos com outras feições e retomando um raciocínio já iniciado, supomos que se justifica ir ainda mais longe, já que não se descortina nenhuma razão ponderosa para não se importar uma solução como a alemã, que, já o vimos, remete a Administração para as regras gerais da arbitragem (ZPO) também quanto ao próprio âmbito da arbitrabilidade.

Quer dizer, sem qualquer perturbação sistémica, a Administração Pública poderia ser legalmente autorizada a celebrar convenções de arbitragem para a resolução de "qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial".

Como última nota neste ponto, acrescenta-se ainda que faria sentido que a lei distinguisse as "questões de legalidade", para estabelecer que, em relação a estas, o tribunal arbitral só poderia decidir de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade – é precisamente esta a solução do artigo 2º, nº 2, do Decreto-Lei n. 10/2011, de 20 de janeiro, sobre *arbitragem tributária*, que, sem hesitação e também sem angústia da doutrina, autoriza expressamente os tribunais arbitrais a declararem a ilegalidade de *atos tributá-*

rios e de *atos administrativos em matéria tributária* (atos de liquidação de tributos, de determinação da matéria tributável, de determinação da matéria coletável e de fixação de valores patrimoniais).

4 – Irrecorribilidade de sentenças arbitrais na arbitragem administrativa

A LAV 1986 admitia que as partes poderiam renunciar aos recursos de decisões arbitrais para os tribunais do Estado (artigo 29º). Agora, a LAV 2011 segue um sistema diferente e acolhe um "princípio da irrecorribilidade da decisão". Formula-o nestes termos: "a sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa (...) só é suscetível de recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável".

Apesar da alteração – de um "princípio de recurso, salvo renúncia" passou-se para um "princípio de irrecorribilidade, salvo previsão expressa de recurso" –, poderá, nos dois casos, discutir-se em termos problemáticos a questão de saber se se apresenta legítimo que a Administração "renuncie" aos recursos de decisões arbitrais, seja pela via de uma "renúncia expressa" (LAV 1986) ou de uma "renúncia tácita" (LAV 2011). Na verdade, a partir da LAV 2011, o silêncio da convenção de arbitragem tem o efeito de uma renúncia ao recurso[35].

Quer a possibilidade de renúncia aos recursos para os tribunais do Estado, na LAV 1986, quer o princípio da irrecorribilidade, na LAV 2011, só não se aplicariam à arbitragem administrativa se uma lei o estabelecesse.

E, diga-se desde já, não há disposição legal que estabeleça coisa diferente em relação aos recursos de sentenças proferidas em processos arbitrais que tenham como parte a Administração. Compreende-se que assim seja, porquanto não se vê nenhuma razão para "impor" à Administração o recurso de sentenças arbitrais, mesmo que se trate de sentenças que se pronunciem sobre questões de legalidade e, naturalmente, mesmo que anulem ou declarem nulos atos administrativos ou contratos administrativos.

[35] A propósito, veja-se o artigo 4º da Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro (de aprovação da LAV 2011): depois de estipular que o novo regime é aplicável aos processos que se iniciem após a sua entrada em vigor, estabelece, no nº 3, que as partes que tenham celebrado convenções de arbitragem antes da entrada em vigor do novo regime mantêm o direito aos recursos que caberiam da sentença arbitral, nos termos do artigo 29º da LAV 1986. Neste caso, o silêncio da convenção de arbitragem não afasta o recurso.

Nota sobre o revogado artigo 186º, nº 2, do CPTA

A LAV 2011 revogou expressamente o artigo 186º do CPTA – *cf.* nº 2 do artigo 5º da Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro, que aprova a LAV 2011. Em todo o caso, esse preceito não infirmava, em nenhum ponto, o princípio da liberdade de renúncia aos recursos de sentenças arbitrais nos termos do artigo 29º da LAV 1986. Nele se estabelecia que "as decisões proferidas por um tribunal arbitral (também) podem ser objecto de recurso para o Tribunal Central Administrativo, nos moldes em que a lei sobre a arbitragem voluntária prevê o recurso para o tribunal da Relação, quando o tribunal arbitral não tenha decidido segundo a equidade". Tratava-se, pois, de uma mera norma remissiva para a lei da arbitragem voluntária; o seu único sentido útil residia em lembrar qual o tribunal competente para apreciar o recurso, aliás em linha com o disposto no artigo 37º, alínea *b)*, do ETAF. Quanto ao mais, o preceito devolvia a regulamentação para o disposto na lei de arbitragem voluntária.

4.1 – Uma solução sistematicamente coerente

A aplicação do princípio da irrecorribilidade na arbitragem administrativa é uma solução que se revela totalmente afeiçoada ao espírito e à lógica de um ordenamento jurídico que autoriza a Administração a celebrar convenções de arbitragem e a constituir tribunais arbitrais para o julgamento de litígios em que está envolvida.

Com efeito, uma tal autorização corresponde à entrega à Administração de um poder de "escolha do juiz" e de renúncia à justiça dos tribunais do Estado e, portanto, um poder de seguir uma via jurisdicional *alternativa*. Ora, o princípio da irrecorribilidade das sentenças arbitrais afirma-se coerente com esta ideia matricial da jurisdição arbitral como *alternativa* e *paralela* à jurisdição estadual.

Além disso, a irrecorribilidade está em perfeita harmonia com a ilação a que se refere, de forma aliás bastante elucidativa, Paula Costa e Silva: "se as partes têm o poder de escolher aqueles que julgam ser as pessoas mais aptas a proferir a decisão correcta, mal se compreende que possam depois questionar a solução efectivamente encontrada para o caso concreto"[36]. A coerência e a harmonia sistémica de uma solução de irrecorribilidade emerge tão natural na arbitragem para a resolução de litígios entre particulares, como na arbitragem para resolver quaisquer litígios que envolvam a Administração Pública.

[36] *Ob. cit.*, p. 188.

Neste sentido, considerar-se-ia pelo menos contraditório um arranjo legislativo que viabilizasse a arbitragem no âmbito jurídico-administrativo e, simultaneamente, impusesse o recurso das sentenças arbitrais para os tribunais do Estado. Diferentemente do que se poderia supor, uma solução assim gizada não se afiguraria conciliatória, nem prudente (por, supostamente, ter a seu favor a ausência de radicalidade), mas antes intrinsecamente contraditória. A arbitragem como um verdadeiro e real *sistema jurisdicional alternativo* de resolução de litígios só se compreende na sua inteireza se e quando a possibilidade de "renúncia aos tribunais do Estado" incluir a possibilidade de renúncia aos recursos ou o princípio da irrecorribilidade. Há entre estes dois aspetos uma sequência natural e lógica da primeira.

Poderá eventualmente dizer-se que as considerações anteriores até se afiguram corretas em geral, mas não no âmbito jurídico-administrativo: a Administração Pública não deveria poder renunciar aos recursos ou beneficiar do princípio da irrecorribilidade, por causa da natureza dos interesses que lhe cabe proteger e prosseguir. A possibilidade de renúncia aos recursos implicaria uma abdicação definitiva em favor de um "poder privado", radicado no tribunal arbitral.

Essa crítica funda-se num juízo errado; duplamente errado, aliás.

Assim, embora o fundamento da arbitragem administrativa não resida *apenas* na vontade da Administração, oferece-se indiscutível que a vinculação à convenção arbitral exprime um momento de afirmação de uma vontade livre dos responsáveis legítimos pela Administração. O mesmo se aplica em matéria de recurso das decisões: a "renúncia" aos recursos também não é imposta, antes resulta de uma decisão livre dos agentes responsáveis pela Administração. Envolve uma abdicação, é verdade, mas que o sistema jurídico apenas permite, não impõe. Ao prever a arbitragem no âmbito jurídico-administrativo, a lei equacionou decerto o tema da arbitragem "em bloco", como um sistema de resolução de litígios alternativo e, em certa medida, localizado à margem dos – e que, nos termos da lei, tem potencial para pôr à margem os – tribunais do Estado.

Um segundo erro da proposição anterior resulta de o juízo subjacente se basear numa espécie de *desgraduação* do tribunal arbitral: ora, o "poder privado" radicado no tribunal arbitral é um poder jurisdicional e o tribunal arbitral é um verdeiro tribunal, que as partes constituem, com fundamento na Constituição e na lei. O tribunal arbitral e a arbitragem administrativa não constituem os parentes pobres do sistema de resolução de litígios que envolvam a Administração Pública. Não correspondem, aliás, a uma espécie de "resto

abandonado", a uma jurisdição de segunda divisão. Nada disso. O sistema de resolução de litígios administrativos pela via da arbitragem compõe-se de instâncias judiciais, que exercem a função jurisdicional e que tomam decisões a que a ordem jurídica confere exatamente a mesma força jurídica das decisões dos tribunais do Estado. Trata-se, não apenas de um sistema alternativo, mas também *paralelo* e *equiparado* ao sistema de justiça do Estado.

A renúncia aos recursos afirma-se, também ela, como mais uma dimensão ou nota do "princípio da autodiceia, isto é, o princípio segundo o qual as partes da relação jurídica administrativa em conflito podem escolher, elas próprias, o seu juiz"[37].

E hoje, em função das indicações legais sobre a ampla legitimidade processual para atacar contratos e atos da Administração Pública, a escolha do juiz arbitral não envolve sequer uma subtração da apreciação do litígio aos tribunais do Estado (*cf.*, *infra*, sobre este ponto).

Mais: sendo o tribunal arbitral um verdadeiro tribunal, não se entende como não poderia a Administração Pública renunciar aos recursos das decisões arbitrais, quando, nos termos gerais, dispõe de um poder de renunciar aos recursos ordinários de decisões judiciais.

Acrescente-se ainda o exemplo do caso paralelo da arbitragem tributária. Retiramos do preâmbulo do Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de janeiro, o seguinte trecho: "[...] acolhe-se como regra geral a irrecorribilidade da decisão proferida pelos tribunais arbitrais". Uma regra geral de irrecorribilidade, recorde-se, de decisões arbitrais que apreciam a legalidade de atos tributários e de atos administrativos em matéria tributária.

4.2 – Excurso: limites à autonomia dos tribunais arbitrais

A ideia, acima exposta, de que a arbitragem revela, nos termos da lei, potencial para pôr à margem os tribunais do Estado, conhece importantes limites que aqui têm de ser sublinhados.

Como vimos, é à lei do Estado que cabe a função de estruturar o modo de constituição dos tribunais arbitrais, de definir o âmbito da sua possível jurisdição, estabelecer as vias de execução das suas sentenças e coordenar as decisões deles com as decisões dos tribunais estaduais[38].

[37] *Cf.* A. M. Barbosa de Melo, "Parâmetros constitucionais da justiça administrativa", Ministério da Justiça, *Reforma do Contencioso Administrativo – Trabalhos Preparatórios*, vol. 1, Lisboa, 2000, p. 305.

[38] *Idem, ibidem.*

Quer dizer, o Estado define regras que balizam a intervenção dos tribunais arbitrais: por ser assim, não se conceberia uma solução que, em definitivo, colocasse os tribunais do Estado completa e definitivamente à margem do funcionamento em concreto da instituição arbitral. Tal equivaleria, em termos práticos, a um veredicto de irrelevância jurídica das regras do Estado sobre a própria arbitragem. É precisamente por esta razão que a doutrina alude à exigência da "garantia de controlo dos tribunais arbitrais pelos tribunais do Estado"[39].

Ora, como decerto já se está a perceber, esta garantia de controlo é assegurada, fundamentalmente, pela via da *impugnação* das decisões arbitrais. E, aqui sim, o direito de impugnação com fundamento no incumprimento de regras legais sobre os termos do funcionamento da arbitragem é, naturalmente, irrenunciável – consagrando precisamente o carácter irrenunciável do "direito de requerer a anulação da sentença arbitral", *cf.* artigos 28º, nº 1, da LAV 1986 e 46º, nº 5, da LAV 2011.

A suscetibilidade de impugnação das decisões arbitrais não põe em crise a tese da jurisdição arbitral como jurisdição alternativa. Na verdade, a impugnação não coloca os tribunais arbitrais na posição de primeira instância, que pode ver a sua "declaração do direito do caso" revista e revogada por um tribunal do Estado.

Assim é, de facto, porque em causa na impugnação está apenas a verificação por um tribunal estadual do respeito das regras estabelecidas pelo próprio Estado sobre o funcionamento do tribunal arbitral. Isto não perturba, em nenhum ponto, o conceito e a ideia da arbitragem como sistema alternativo aos tribunais do Estado para exercer a *jurisdictio*, quer dizer, para declarar o direito aplicável numa situação litigiosa.

Como acaba de se explicar, a garantia de controlo estadual sobre a arbitragem passa *fundamentalmente* pela suscetibilidade de impugnação das decisões arbitrais.

A este instrumento de garantia junta-se um outro: o recurso para o Tribunal Constitucional na parte em que a decisão arbitral recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou em que aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada[40]. Trata-se,

[39] Neste preciso sentido, a respeito da arbitragem no domínio do direito internacional, *cf.* H. SONNAUER, *Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte*, Köln, Karl Heymanns, 1992.

[40] No Acórdão do Tribunal Constitucional nº 181/2007 (de 08/03/2007), além de se reiterar que os "tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais", afirma-se que, por isso mesmo, têm o

neste caso, de um "princípio de constitucionalidade" que abrange, naturalmente, a atividade jurisdicional dos tribunais arbitrais. Nos termos da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei nº 28/82, de 15 de novembro, com alterações posteriores), "o direito de recorrer para o Tribunal Constitucional é irrenunciável", devendo entender-se que esta é uma lex specialis, que prevalece sobre as regras (gerais) da lei da arbitragem voluntária no sentido do direito da renúncia ao recurso ou, atualmente, da irrecorribilidade da decisão[41].

5 – Uma nota final e à margem (ainda) sobre a irrecorribilidade de decisões arbitrais sobre a validade de contratos administrativos

A exposição desenvolvida conduz-nos a duas conclusões principais: *i)* não se vê nenhum obstáculo a que os tribunais arbitrais sejam legalmente autorizados a apreciar quaisquer questões de legalidade administrativa, relativas a contratos, a atos ou mesmo a regulamentos administrativos; *ii)* em relação às sentenças arbitrais em processos que tenham como parte uma entidade da Administração Pública vigora o princípio geral da irrecorribilidade de sentenças arbitrais, consagrado na LAV 2011.

Ora, em 1999, no livro *A Concessão de Serviços Públicos* (p. 370), a propósito da decisão de tribunais arbitrais sobre a validade de contratos administrativos, escrevemos o seguinte: "parece-nos já inaceitável que, nessa matéria, a convenção de arbitragem exclua o recurso da decisão arbitral"; concluíamos a seguir: "a questão da validade do contrato poderá ser objecto de uma decisão arbitral, sendo esse o resultado de se tratar de uma questão que, nos termos da lei, pode ser objecto de *acordo* entre as partes, mas por se tratar também de uma *questão de ordem pública*, parece-nos que (pelo menos) a "parte Administração" não pode renunciar ao direito de a ver resolvida por um tribunal do Estado".

poder e o dever de verificar a conformidade constitucional de normas aplicáveis no decurso do processo e de recusar a aplicação das normas que considerem inconstitucionais.

[41] Sobre este tema, *cf.* Miguel GALVÃO TELES, "Recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais arbitrais", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, pp. 637 e segs. Considerando "descabida" a previsão legal de recurso para o Tribunal Constitucional na legislação da arbitragem tributária, *cf.* José CASALTA NABAIS, "Reflexões sobre a introdução da arbitragem tributária", Revista de Legislação e Jurisprudência, ano. 140º, nº 3967, (2011), pp. 239 e segs. (p. 256).

Ou seja, em 1999, afastávamos a renúncia da Administração Pública ao recurso de decisões arbitrais quando o litígio se relacionasse com a validade do contrato.

Tratava-se de uma posição de cunho exclusivamente doutrinal, sem um apoio direto na lei.

Entretanto, desde 1999, muita coisa mudou. Para o que nos interessa agora, duas coisas essenciais tornaram-se diferentes: *i)* a perceção da arbitragem administrativa como um sistema paralelo de resolução de litígios administrativos; *ii)* a legitimidade de terceiros para propor ações sobre contratos da Administração Pública.

Comecemos por conhecer os contornos deste segundo cambio.

Antes, em 1999, num regime que já criticávamos abertamente na mesma obra (p. 361, nota 619), só as partes poderiam propor ações sobre contratos. Como outros, esse era um traço absurdo do regime do contencioso administrativo português: tinha nos seus fundamentos a velha ideia civilista do contrato como um negócio entre as partes, suscetível de envolver ou implicar apenas os interesses dos respetivos subscritores. Ignorava que o contrato administrativo se apresenta como um negócio de direito público, tantas vezes com efeitos em relação a terceiros (externalidades) e até efeitos regulamentares e que, além disso, se encontra sujeito a vinculações jurídicas de vária ordem cuja observância teria, em qualquer caso, de poder ser controlada por um tribunal do Estado.

Depois de outras vozes da doutrina portuguesa denunciarem o problema[42], a reforma do direito processual de 2003/2003 resolveu-o de forma segura.

Assim, hoje, dispõem de legitimidade para propor ações para invalidação (e para a execução) de contratos todas as pessoas e entidades indicadas no artigo 40º – além de outras, aí se incluem o Ministério Público, as pessoas mencionadas no artigo 9º, nº 2, do CPTA, bem como as pessoas singulares ou coletivas titulares ou defensoras de direito subjetivos ou interesses legalmente protegidos aos quais a execução do contrato cause ou possa previsivelmente causar prejuízos.

E deste modo se conclui que, nos nossos dias – ao contrário de 1999 –, a irrecorribilidade de decisões arbitrais para os tribunais do Estado não impede um generoso catálogo de terceiros de, ainda assim, atacarem o contrato nos

[42] Destacando-se Alexandra LEITÃO, *A Protecção Judicial de Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 2002.

tribunais do Estado [43]. E, note-se, o acesso de terceiros às ações sobre contratos tem uma validade universal, independentemente da arbitragem: por exemplo, os terceiros podem reagir, em substituição da Administração, mesmo nos casos em que o contrato não contempla qualquer cláusula de arbitragem. Além disso, a hipótese de renúncia a recursos também pode pôr-se fora dos quadros da arbitragem, nos termos gerais previstos no Código do Processo Civil. O sistema evoluiu claramente no sentido de retirar às partes o exclusivo ou monopólio de acesso à justiça (estadual ou arbitral) sobre o contrato. E isto marca uma diferença essencial, que conhece um impacto evidente na conceção dogmática da renúncia das partes aos recursos, quer se trate de recursos de sentenças de tribunais administrativos do Estado, quer se trate de recursos de decisões de tribunais arbitrais.

Quanto ao outro cambio que identificámos: em 1999 não estava consolidado o papel relevante da arbitragem enquanto sistema alternativo e paralelo de resolução de litígios no âmbito jurídico-administrativo. Nessa altura, não existia uma "preferência pela arbitragem", nos domínios do direito administrativo [44]. Em grande medida, é à expansão do *Estado Contratante* que se deve o incremento e até uma certa generalização da arbitragem no domínio jurídico-administrativo. Para este resultado também terá contribuído, claro, o aumento exponencial da litigância administrativa e a perceção geral de que o sistema de justiça administrativa estadual se revela incapaz de responder em tempo às inúmeras pretensões que recebe. E o trajeto percorrido desde então tem-se feito no sentido da consolidação da arbitragem como um modelo de *alternativa definitiva* à justiça administrativa do Estado. Neste contexto, digamo-lo abertamente, há quase 15 anos, a interpretação de todos os dados do sistema (incluindo a legitimidade para propor ações sobre contratos) conduzia-nos à defesa da tese da irrenunciabilidade aos recursos de

[43] Estamos a aludir, em geral, ao "ataque" de terceiros ao contrato, nos termos do artigo 40.º do CPTA; o processo que se desenvolva em tribunal arbitral (entre as partes do contrato), *v.g.*, para a invalidação do contrato, não inviabiliza uma eventual ação proposta por terceiros com o mesmo pedido nos tribunais administrativos. Note-se, todavia, que, apesar de poder aparentar coisa diversa, a especificidade dos problemas que aqui emergem não decorre de estarem envolvidos processos que correm em tribunais de natureza diferente. O problema apresenta os mesmos contornos quando o processo entre as partes se desenvolve, ou desenvolveu, em tribunal administrativo do Estado. A situação dos terceiros não é diferente neste caso.

[44] Referindo-se à preferência atual pela arbitragem, *cf.* José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *ob cit.*, p. 125

sentenças arbitrais pela Administração. Mas a consolidação do regime da arbitragem administrativa, também na sequência da reforma do direito processual administrativo (2004), incluindo até a institucionalização de centros de arbitragem em matéria administrativa, bem como a legalização da arbitragem tributária são fatores que contribuíram para uma perceção consistente de que, como os outros tribunais arbitrais, os *tribunais arbitrais administrativos* são verdadeiros tribunais, exercem uma função jurisdicional como os tribunais do Estado, e não sofrem qualquer diminuição de capacidade no momento de "dizer o direito". Hão de poder fazê-lo com a mesma força e com o mesmo grau de definitividade que um qualquer outro tribunal. Em síntese, tornou-se insustentável hoje o juízo subjacente à tese defendida que, afinal de contas, germinou no contexto de um sistema de arbitragem administrativa que ainda estava numa primeira fase da sua evolução.