UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

ADMISSIBILIDADE E LIMITES DO CONTROLO ARBITRAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Mestrado Científico em Direito
Ciências Jurídico-Políticas
Direito Administrativo

Raúl Relvas Moreira

2013

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

ADMISSIBILIDADE E LIMITES DO CONTROLO ARBITRAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Mestrado Científico em Direito
Ciências Jurídico-Políticas
Direito Administrativo

Dissertação elaborada sob a
orientação do Senhor Professor
Doutor Paulo Otero

Raúl Relvas Moreira

2013

"But having endeavored to be plain, and explicit in all the Devises, even at the expence of prolixity, perhaps of tautology, I hope, and trust, that no disputes will arise concerning them; but if, contrary to expectation, the case should be otherwise, from the want of legal expression, or the usual technical terms, or because too much or too little has been said on any of the Devises to be consonant with law, My Will and direction expressly is, that all disputes (if unhappily any should arise) shall be decided by three impartial and intelligent men, known for their probity and good understanding; two to be chosen by the disputants, each having the choice of one, and the third by those two. Which three men thus chosen, shall, unfettered by Law, or legal constructions, declare their Sense of the Testator's intention; and such decision is, to all intents and purposes to be as binding on the parties as if it had been given in the Supreme Court of the United States."

Excerto do testamento de GEORGE WASHINGTON, datado de 9 de Julho de 1799*

* Disponível em http://www.gwpapers.virginia.edu/documents/retiredocs.html (consultado em 5.10.2013).

PLANO DE TRABALHO

INTRODUÇÃO

PARTE I

Enquadramento dogmático da arbitragem administrativa

1. **Evolução histórica da arbitragem em matéria administrativa no ordenamento jurídico português**
2. **A arbitragem administrativa em ordenamentos jurídicos estrangeiros**
3. **A arbitragem administrativa no direito da União Europeia**
4. **A arbitragem administrativa na Constituição da República Portuguesa**

PARTE II

Admissibilidade e limites do controlo arbitral de actos administrativos no ordenamento jurídico português

1. **A arbitragem de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas: generalidades**
2. **A arbitrabilidade de litígios envolvendo a apreciação de actos administrativos: entre a legalidade e o mérito das decisões administrativas**
3. **A alternatividade da via arbitral como restrição à arbitrabilidade de litígios envolvendo a apreciação da legalidade de actos administrativos**
4. **As limitações impostas pela multilateralidade de certas relações jurídico-administrativas: a existência de contra-interessados como restrição à arbitrabilidade?**
5. **Análise crítica do regime de arbitrabilidade de litígios envolvendo a apreciação de actos administrativos**

CONCLUSÕES

ÍNDICE

INDICAÇÕES DE LEITURA 7

ABREVIATURAS 9

RESUMO 11

ABSTRACT 13

INTRODUÇÃO 14

1. Noção de acto administrativo 15
2. Noção de arbitragem 17
3. Delimitação do âmbito do estudo 19
4. Indicação de sequência 22

PARTE I

Enquadramento dogmático da arbitragem administrativa

1. Evolução histórica da arbitragem em matéria administrativa no ordenamento jurídico português 24

1.1. A primeira fase: antes de 1984 24

1.2. A segunda fase: entre 1984 e 2004 27

1.3. A terceira fase: a partir de 2004 29

1.4. O novo regime jurídico da arbitragem dos actos tributários: a iminência de uma quarta fase? 32

2. A arbitragem administrativa em ordenamentos jurídicos estrangeiros 33

2.1. Alemanha 34

2.2. Angola 35

2.3. Brasil 36

2.4. Espanha 37

2.5. França 39

2.6. Itália 41

2.7. Moçambique 42

2.8. Reino Unido 43

3. A arbitragem administrativa no direito da União Europeia 44

4. A arbitragem administrativa na Constituição da República Portuguesa 49

4.1. A natureza da actividade desempenhada pelos árbitros na composição de litígios 49
4.2. Restrições constitucionais à arbitrabilidade de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas....70
4.2.1. Restrições resultantes da reserva constitucional da jurisdição administrativa 70
4.2.2. Restrição fundada no critério da disponibilidade do direito sobre que incide o litígio....77
4.2.3. Restrições resultantes da existência de uma reserva constitucional de administração....80
4.2.3.1. A existência de uma reserva constitucional de administração como decorrência do princípio da separação de poderes....81
4.2.3.2. A existência de uma reserva de administração como decorrência do modelo constitucional de legitimação do exercício dos poderes 95
4.2.3.3. Decorrências da existência de uma reserva de administração para a arbitrabilidade em matéria administrativa....98
4.3. O direito de acesso aos tribunais: o princípio *pro actione* 99

PARTE II

Admissibilidade e limites do controlo arbitral de actos administrativos no ordenamento jurídico português

1. A arbitragem de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas: generalidades 104
1.1. Coordenadas gerais do regime jurídico da arbitragem administrativa 104
1.2. Em particular: a remissão da LAV para o direito administrativo em matéria de arbitrabilidade....107
1.3. O recorte de arbitrabilidade no âmbito das relações jurídicas administrativas 112
1.4. A superação da tradicional restrição à arbitrabilidade no direito administrativo fundada na disponibilidade do direito sobre que incide o litígio 119
2. A arbitrabilidade de litígios envolvendo a apreciação de actos administrativos: entre a legalidade e o mérito das decisões administrativas 126
2.1. O controlo da legalidade de actos administrativos por tribunais arbitrais 128
2.1.1. A arbitrabilidade autónoma do controlo da legalidade dos actos administrativos 128
2.1.1.1. Os actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade....128

2.1.1.2. Os actos administrativos contratuais 148
2.1.1.3. Os actos procedimentais de formação dos contratos públicos 150
2.1.1.4. Os actos administrativos praticados no âmbito de relações jurídicas de emprego público 171
2.1.2. A competência dos tribunais arbitrais para a apreciação da legalidade dos actos administrativos a título incidental 176
2.1.2.1. A extensão da competência à decisão de questões prejudiciais: o princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária 176
2.1.2.2. Em particular: a efectivação da responsabilidade civil por acto administrativo ilícito 186
2.1.2.3. Em particular: os actos administrativos nulos 189
2.2. O controlo arbitral do mérito dos actos administrativos 193
2.2.1. Inadmissibilidade do controlo do mérito dos actos administrativos 193
2.2.2. Em particular: a inconstitucionalidade do artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA 198
3. A alternatividade da via arbitral como restrição à arbitrabilidade de litígios envolvendo a apreciação da legalidade de actos administrativos 200
4. As limitações impostas pela multilateralidade de certas relações jurídicas administrativas: a existência de contra-interessados como restrição à arbitrabilidade? 205
5. Análise crítica do regime de arbitrabilidade de litígios envolvendo a apreciação de actos administrativos 210
5.1. A arbitrabilidade do controlo da legalidade de actos tributários como superação do limite tradicional à arbitrabilidade de actos administrativos 210
5.2. A insuficiência do âmbito de arbitrabilidade fixado no CPTA e a necessidade de protecção da coerência interna do regime de arbitrabilidade no direito público 213
CONCLUSÕES 217
BIBLIOGRAFIA 224
JURISPRUDÊNCIA 243

INDICAÇÕES DE LEITURA

- A primeira citação de cada obra contém a indicação do autor, do título, do número da edição, do local da edição, da editora, do ano da publicação e da(s) página(s).

- As citações subsequentes contêm apenas a indicação do autor, do título completo e da(s) página(s) relevantes para a matéria em causa, utilizando-se a expressão "cit.".

- Os textos publicados em obras colectivas são citados de acordo com os parágrafos antecedentes, sendo, ainda, indicado(s), na primeira citação, o(s) organizador(es) da obra.

- Os textos publicados em páginas da internet são citados pela indicação do autor, do título, do endereço da página e da data de consulta, sem prejuízo de indicações suplementares.

- As indicações bibliográficas incluídas numa mesma nota de rodapé obedecem a um critério cronológico, do mais recente para o mais antigo, com excepção dos casos em que se referencia um autor ou uma obra em especial. As obras com o mesmo ano de publicação serão indicadas por ordem alfabética do respectivo autor. Tratando-se de obra que haja sido reimpressa, é considerado o ano da reimpressão.

- A propósito das diversas matérias, as citações não pretendem ser exaustivas relativamente a todas as obras consultadas, apenas se indicando as que se afiguram mais significativas, no contexto da presente dissertação.

- As transcrições são feitas em língua portuguesa, sendo a respectiva tradução da nossa responsabilidade.

- São utilizadas as abreviaturas (em sentido amplo, incluindo siglas, acrónimos e outras reduções) indicadas na lista constante das páginas seguintes.

- A jurisprudência é referenciada pela indicação do tribunal que proferiu a decisão, da data da decisão, do número do processo e, nos casos em que a fonte não seja uma página da internet, da fonte consultada. Quando nada se referir quanto à fonte consultada, deve entender-se que se trata do sítio http://www.dgsi.pt, para a jurisprudência dos tribunais estaduais administrativos e comuns, e do sítio http://www.tribunalconstitucional.pt, para a jurisprudência do Tribunal Constitucional.

- No atinente à jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal de Justiça, cumpre atender às seguintes especificidades: quanto à primeira, como é de uso, é também indicado o número do acórdão, não sendo, todavia, referido o número do processo; quanto à segunda, também como é de uso, são ainda indicadas as partes no litígio.

- Por opção do autor, a presente dissertação é escrita segundo a norma ortográfica anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, em 16 de Dezembro de 1990, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 26/91 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 43/91, ambos de 23 de Agosto.

ABREVIATURAS

ACPTA	Anteprojecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CCP	Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e sucessivamente alterado até ao Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho
Col.	Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça
CPA	Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, e sucessivamente alterado até à Lei n.º 30/2008, de 10 de Julho
CPC	Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho
CPC de 1961	Código de Processo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44 129, de 28 de Dezembro de 1961, e sucessivamente alterado até à Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, e sucessivamente alterado até à Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro
CRP	Constituição da República Portuguesa
Directivas Procedimentais	Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, sucessivamente alteradas até à Directiva 2013/16/UE, do Conselho, de 13 de Maio de 2013
Directivas Recursos	Directiva 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, e Directiva 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, tal como subsequentemente alteradas pela Directiva n.º 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007

ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, e sucessivamente alterado até à Lei n.º 20/2012, de 14 de Maio
ETAF de 1984	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril, e sucessivamente alterado até à Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro
LAV de 1986	Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 31/86, de 21 de Agosto, e sucessivamente alterada até ao Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março
LPTA	Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Junho, e sucessivamente alterada até ao Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro
RJAT	Regime Jurídico da Arbitragem Tributária, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, e sucessivamente alterado até à Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TC	Tribunal Constitucional
TCA	Tribunal Central Administrativo
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça

RESUMO

A presente dissertação propõe-se responder à questão de saber se, no ordenamento jurídico português, é admissível o recurso à arbitragem para a resolução de litígios que tenham por objecto o controlo de actos administrativos e, em caso afirmativo, proceder à delimitação das situações em que um tribunal arbitral poderá ser chamado a apreciar a legalidade ou o mérito de actos administrativos.

Como ponto de partida para responder às questões suscitadas, procedemos a um enquadramento geral do instituto da arbitragem administrativa, com destaque para a compreensão do tratamento que lhe é conferido pelo texto constitucional. Neste âmbito, sustentamos que os tribunais arbitrais participam no desempenho da função jurisdicional, bem como que se verifica uma restrição constitucional do âmbito de arbitrabilidade em matéria administrativa fundada na existência de uma reserva de administração perante o poder jurisdicional. Concluímos, ainda, que não se verifica qualquer restrição constitucional à arbitrabilidade de tais litígios fundada na disponibilidade do direito sobre que incide o litígio.

Assim habilitados pelo enquadramento traçado, debruçamo-nos sobre a concreta questão da admissibilidade do controlo arbitral de actos administrativos. Neste domínio, sustentamos que é admissível o recurso à arbitragem para o julgamento, a título principal, de litígios que tenham por objecto o controlo da legalidade de actos administrativos procedimentais de formação dos contratos públicos ou de actos administrativos praticados no âmbito da execução de contratos e, ainda, que os tribunais arbitrais poderão conhecer, a título incidental, de quaisquer questões de legalidade de actos administrativos. De acordo com a nossa tese, não é, todavia, possível deferir a tribunais arbitrais o controlo do mérito de actos administrativos.

Por fim, reflectimos sobre as soluções adoptadas pelo legislador para regular a temática da arbitrabilidade dos actos administrativos, concluindo pela verificação de um problema de coerência que aconselha a uma reponderação dos termos em que se encontra delimitado o âmbito da arbitragem de litígios jurídico-públicos.

Palavras-chave: arbitragem administrativa; actos administrativos; arbitrabilidade; tribunais administrativos; actos administrativos contratuais; actos administrativos pré-contratuais; contratação pública.

ABSTRACT

This thesis aims to answer the question of whether, under Portuguese law, it is possible to refer the review of administrative acts to arbitration and, if so, to ascertain the situations in which an arbitral tribunal may be called upon to review administrative acts.

As a starting point to answer these questions, we provide a general overview of the administrative arbitration, particularly focused on its constitutional background. In this context, we hold that the arbitral tribunals participate in the performance of the jurisdictional function, and that there is a restriction on the arbitrability of administrative law disputes based on the existence of a constitutional reserve of administration vis-à-vis the jurisdictional branch. We also assert that there is no constitutional restriction to the arbitrability of such disputes based on the disposability of the right under dispute.

Once enabled by the outlined framework, we deal with the specific question of the admissibility of the arbitral review of administrative acts. In this regard, we submit that the disputes concerning the review of the legality of administrative acts passed in the course of public procurement procedures, as well as administrative acts passed in the context of the performance of contracts may be conferred on arbitral tribunals. We also assert that arbitral tribunals may, incidentally, resolve any questions of legality of administrative acts. According to our thesis, the review of administrative acts "on the merits" cannot be conferred on arbitral tribunals.

Finally, we discuss the solutions adopted by the legislature to regulate the arbitrability of disputes relating to administrative acts, and hold that there is a consistency issue in the way the arbitrability of public law disputes is regulated, which makes it advisable to revise such regulation.

Key words: administrative arbitration; administrative acts; arbitrability; arbitral tribunals; contractual administrative acts; pre-contractual administrative acts; public procurement.

INTRODUÇÃO

A arbitragem tem vindo a assumir uma importância crescente no nosso ordenamento jurídico, pondo em evidência as numerosas vantagens decorrentes de se tratar de um sistema de resolução de litígios que se caracteriza por ser inteiramente conformado pelas partes, em alternativa aos meios tradicionais facultados pelo Estado. Se a sua utilização no domínio do direito privado não suscita qualquer perplexidade – trata-se aí de uma justiça privada entre privados –, o mesmo não poderá afirmar-se quanto à crescente importância que tem vindo a assumir como meio de resolução de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas. Parece, à primeira vista, estranho que o Estado e outros entes públicos recorram à via arbitral para a resolução dos seus litígios, em detrimento dos tribunais da jurisdição estadual, tanto mais que o foro estadual competente é, por via da dualidade de jurisdições, especializado em matéria administrativa.

Um olhar mais profundo sobre a arbitragem revela, todavia, inegáveis vantagens (conjunturais e estruturais, como assinala JOÃO CAUPERS[1]) no domínio da resolução de litígios de direito administrativo: destacam-se, neste particular, a maior especialização dos tribunais arbitrais para a resolução de certos litígios que, pela sua complexidade, reclamam do julgador uma especialização mais profunda do que a que caracteriza os tribunais estaduais administrativos – verdadeiros tribunais comuns em matéria administrativa – e, também, a maior celeridade na resolução de litígios[2], tanto em resultado da aludida especialização, com indubitáveis ganhos de eficiência, como pelas possibilidades de conformação e gestão da tramitação processual em função das exigências do litígio[3] [4].

Atento às múltiplas vantagens da arbitragem e, porventura, confortado pela boa

---

[1] Cfr. JOÃO CAUPERS, "A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 18, 1999, pp. 6-7.

[2] Sublinhando que os tribunais arbitrais, por regra, estão "em condições de julgar o litígio mais depressa do que o fariam os tribunais [estaduais] administrativos", cfr. FAUSTO DE QUADROS, "A importância hoje da arbitragem em Direito Administrativo", *Newsletter CAAD – Arbitragem Administrativa e Fiscal*, n.º 1, 2013, p. 11, disponível em http://www.caad.org.pt (consultado em 5.10.2013).

[3] Cfr., entre outros, FAUSTO DE QUADROS, *A importância hoje da arbitragem em Direito Administrativo*, cit., pp. 10-11; MARTA GARCÍA PÉREZ, "Arbitraje de Derecho Administrativo en España", *in* ISABEL CELESTE DA FONSECA (Org.), *A Arbitragem Administrativa e Tributária - Problemas e Desafios - Problemas e Desafios*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 341-344; JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Almedina, 2004, pp. 77-79.

[4] Como principal desvantagem da arbitragem no direito administrativo, invoca-se que a submissão da Administração a tribunais constituídos por sujeitos privados escolhidos pelas partes e não dotados das mesmas garantias de imparcialidade que os juízes dos tribunais estaduais poderá gerar situações em que um tribunal toma o partido da parte privada, independentemente da justiça da sua pretensão.

experiência obtida com a utilização do instituto no âmbito jurídico-privado, o legislador português tem vindo a promover, paulatinamente, a abertura do direito administrativo à arbitragem, acolhendo-a, bem assim, como meio de que as partes desavindas podem lançar mão para a resolução de litígios incidentes sobre certas matérias de direito administrativo, em alternativa aos meios tradicionais. No âmbito do presente estudo, procuraremos dar resposta a uma das múltiplas questões que se suscitam a propósito da possibilidade de submissão a arbitragem de litígios jurídico-administrativos, qual seja a de averiguar a admissibilidade e os limites do recurso à arbitragem para a resolução de litígios que tenham por objecto a apreciação de actos administrativos.

Antes, porém, de avançar na explicitação do objecto do estudo, impõe-se uma consideração preliminar de ordem metodológica: embora os termos *arbitragem* e *acto administrativo* designem realidades bem conhecidas dos cultores da ciência do direito, afigura-se metodologicamente avisado proceder, a título introdutório e de modo sucinto, à dilucidação dos conceitos a que correspondem aqueles termos, atento o lugar cimeiro que ocupam no presente estudo. Tratando-se de noções instrumentais ao desenvolvimento da nossa investigação, relevantes para a sua compreensão, assegurar-se-á, deste modo, que as múltiplas referências que lhes são feitas ao longo deste trabalho beneficiam de um sentido previamente adoptado.

1. Noção de acto administrativo

Não obstante a sua antiguidade e a sua centralidade[5] na teoria geral do direito administrativo, a delimitação do conceito de acto administrativo é, ainda, objecto de controvérsia: na verdade, "[d]e país para país e, dentro de cada país, de Autor para Autor, tendem [...] a variar os entendimentos sobre o conceito de ato administrativo e as respectivas fronteiras"[6]. Para o que releva no âmbito do presente estudo, cumpre, tão somente, explicitar a noção de acto administrativo que utilizaremos ao longo da exposição subsequente.

No nosso ordenamento jurídico, e sem preocupação de exaustividade, as principais

[5] Considerando que "o acto administrativo é ainda a figura central do direito administrativo, construída para modelar esta disciplina", cfr. LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa – O Novo Contrato Natural*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 119.

[6] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 110.

posições sobre a matéria podem agrupar-se em duas diferentes concepções: a uma concepção ampla de acto administrativo, segundo a qual o acto administrativo corresponde a uma "conduta voluntária de um órgão da Administração que, no exercício de um poder público e para prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos num caso concreto"[7], contrapõe-se uma outra, mais restrita, que introduz naquela definição um *elemento decisório*, excluindo do conceito de acto administrativo as actuações da Administração que não constituam actos de conteúdo decisório[8].

A despeito das diferentes concepções doutrinárias atinentes à noção de acto administrativo, afigura-se, actualmente, incontornável a definição positivada no artigo 120.º do CPA, o qual, apontando para a segunda daquelas posições, mas conservando os elementos essenciais da primeira, estatui que, para os efeitos daquele diploma, constituem actos administrativos "as decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta". Como assinala MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "embora o preceito refira que a definição nele consagrada apenas vale para os efeitos do Código e a doutrina não se encontre vinculada por definições legais, a verdade é que o essencial do regime que, ao longo de décadas, doutrina e jurisprudência foram construindo em torno do conceito de ato administrativo está, hoje, consagrado no CPA"[9]. Dito de outro modo, a definição legal do artigo 120.º do CPA não parece valer apenas para os efeitos daquele diploma legal, constituindo antes um verdadeiro repositório da evolução doutrinária e jurisprudencial relativa ao recorte do conceito de acto administrativo, contendo os elementos nucleares que desde há muito caracterizam a figura. Tal não significa que a noção legal de acto administrativo não contenha imprecisões: basta pensar no *elemento orgânico*, que parece excluir, sem razão, do conceito de acto administrativo certos actos praticados por órgãos de outros poderes públicos (e mesmo por sujeitos privados[10]) que, por serem adoptados no exercício de uma actividade de natureza administrativa pública, em nada se distinguem dos actos praticados

---

[7] MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10.ª edição (revista e actualizada), 10.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2010, p. 428.

[8] Cfr., entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo* (com a colaboração de PEDRO MACHETE e LINO TORGAL), Volume II, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 238-259, em particular pp. 249-252; JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10.ª edição, Lisboa, Âncora, 2009, pp. 226-236; JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS / FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 139-165.

[9] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, cit., p. 113.

[10] PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos (O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas)*, reimpressão da edição de Outubro/2005, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 1057-1062.

pelos órgãos da Administração Pública[11] [12].

Em qualquer caso, e atenta a função do conceito no desenvolvimento do presente estudo, não se vislumbra razão atendível para partir de uma noção distinta daquela que nos é dada pelo artigo 120.º do CPA: o acto administrativo constitui, assim, um acto jurídico com conteúdo decisório praticado, em princípio, por um órgão da Administração, que, ao abrigo de normas de direito público, se destine a produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta[13].

2. Noção de arbitragem

A *arbitragem* constitui uma técnica de composição jurisdicional de litígios em que a resolução de certo litígio é deferida a um ou mais particulares distintos de qualquer das partes (os árbitros), que não actuam como titulares de um órgão integrado na jurisdição

[11] Sobre os actos administrativos praticados por órgãos de outros poderes públicos, cfr., por exemplo, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 558-559; e JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., pp. 230-232.

[12] A referência ao elemento orgânico da autoria dos actos administrativos desaparece na formulação adoptada no artigo 146.º do projecto de revisão do CPA apresentado em 14 de Maio de 2013 pelo Ministério da Justiça, disponível em http://www.portugal.gov.pt (consultado em 5.10.2013).

[13] Não obstante a perda de importância relativa do acto administrativo, quando comparado com o contrato administrativo, importa sublinhar que o acto administrativo constitui, ainda, o principal instrumento jurídico utilizado pela Administração Pública para o exercício dos poderes que lhe estão legalmente confiados (cfr., neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, cit., p. 540; SÉRVULO CORREIA, "Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 1170). A aludida perda de importância do acto administrativo assenta, essencialmente, na sua natureza eminentemente impositiva, típica de uma concepção (por muitos reputada ultrapassada) que coloca a Administração Pública numa posição de supremacia face ao particular, remetendo-o para um estado de sujeição, por contraposição ao contrato administrativo que, demandando um acordo de vontades, se reveste de cariz colaborativo, convocando uma postura activa do particular para a prossecução do interesse público, numa posição tendencialmente paritária face à Administração. Ambos constituem, pois, instrumentos jurídicos à disposição da Administração Pública para o desempenho da função administrativa. Dois reparos, porém, devem ser assinalados: por um lado, se é verdade que o acto administrativo é um instrumento marcadamente impositivo (embora não necessariamente ablativo), também o é que a ideia de contrato não se ajusta a parte significativa das tarefas de que a Administração Pública se acha especialmente incumbida; por outro lado, importa sublinhar que o carácter unilateral do acto administrativo tem sido temperado pela procedimentalização da actividade administrativa, com a introdução de mecanismos de participação dos particulares nas decisões que lhes digam respeito, de que é exemplo o direito de audiência prévia, em cumprimento da directiva constitucional do artigo 267.º, n.º 5, da CRP. Acompanhando DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., p. 262, não pode olvidar-se que "[o] facto de haver *actos de autoridade* em regimes políticos liberais e democráticos não deve ser motivo de estranheza, porquanto aí onde haja Estado terá sempre de haver Poder, e o Poder exprime-se sempre como autoridade, por meio de normas e actos concretos que traduzem necessariamente a supremacia do Estado sobre os cidadãos".

estadual[14] [15]. Diz-se *voluntária* a arbitragem fundada em convenção para o efeito celebrada entre as partes (a convenção de arbitragem) e *necessária* a que, independentemente de convenção das partes, é imposta por lei como único meio para resolução de certo litígio[16].

Sem pretender antecipar conclusões que, a seu tempo, serão retiradas da análise a que se for procedendo, distinguimos, na noção de arbitragem que se acaba de referir, três elementos essenciais:

- Em primeiro lugar, a arbitragem é *uma técnica de composição de litígios*[17], isto é, constitui um modo específico de resolução de conflitos entre duas ou mais partes, caracterizado pela utilização de um conjunto de técnicas, métodos e procedimentos desenvolvidos essencialmente pela prática dos tribunais arbitrais, habitualmente designados por *práticas arbitrais*[18];
- Em segundo lugar, a arbitragem é um modo de composição *jurisdicional* de litígios, ou seja, é idónea a produzir uma decisão susceptível de resolver, com

[14] Sobre a arbitragem voluntária em geral, cfr., por exemplo, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010; e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 26, 83-195.

[15] Cfr. ERIDANO DE ABREU, "Arbitragem", *in* HENRIQUE MARTINS GOMES / JOSÉ PEDRO FERNANDES (Orgs.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Coimbra, Atlântida Editora, 1965, p. 433.

[16] Sobre alguns problemas de constitucionalidade da arbitragem necessária, cfr., entre outros, CARLOS BLANCO DE MORAIS, "Apontamento sobre a submissão de litígios a arbitragem necessária: algumas dúvidas de constitucionalidade", *Newsletter CAAD – Arbitragem Administrativa e Fiscal*, n.º 1, 2013, pp. 12-16, disponível em http://www.caad.org.pt (consultado em 5.10.2013); e, ainda, acórdão do TC n.º 230/2013, de 24 de Abril de 2013, pronunciando-se pela inconstitucionalidade, por violação do direito de acesso aos tribunais e do princípio da tutela jurisdicional efectiva, de um conjunto de normas que estabeleciam a irrecorribilidade para os tribunais do Estado de decisões proferidas por tribunais arbitrais necessários no âmbito desportivo.

[17] Ao utilizar o termo *técnica*, não pretendemos adoptar qualquer perspectiva redutora da arbitragem, antes colocar a tónica num dos aspectos mais relevantes da arbitragem e que melhor a caracterizam: a ampla liberdade de que gozam os seus diversos operadores no desenvolvimento de técnicas, métodos e procedimentos específicos tendentes à composição dos litígios submetidos a arbitragem.

[18] Este elemento supõe uma certa margem de liberdade das partes e do tribunal arbitral na conformação das regras aplicáveis à arbitragem. Note-se, porém, que uma tal margem é, habitualmente, menor na arbitragem necessária do que na arbitragem voluntária, porquanto se verifica uma tendência do legislador para regular intensamente, na arbitragem necessária, os principais aspectos do processo arbitral, enquanto, na arbitragem voluntária, a intervenção do legislador é, tradicionalmente, muito menor (nem sempre, porém, assim sucede: atente-se, por exemplo, na Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, que institui um regime de arbitragem necessária para a composição dos litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos, para cuja elaboração o legislador parece ter-se guiado por um princípio de intervenção mínima). Todavia, não se vislumbra razão atendível para que assim suceda, pois que a circunstância de a arbitragem necessária ser instituída por determinação legal não compromete necessariamente a possibilidade de as partes ou o tribunal arbitral conformarem as regras de processo, tal qual sucede na arbitragem voluntária.

carácter definitivo, o conflito de interesses que opõe as partes no litígio[19] e de ser executada com recurso à força pública;

- Em terceiro lugar, na arbitragem, o encargo da resolução do litígio é deferido a *um ou mais particulares distintos de qualquer das partes*, que não actuam como titulares de um órgão integrado na jurisdição estadual, os quais são designados por *árbitros* e formam, em conjunto, o *tribunal arbitral*. Na arbitragem voluntária, os árbitros são escolhidos directamente pelas partes ou por outro modo por elas fixado[20], o que nem sempre sucede na arbitragem necessária.

Com relevância para a exposição que se segue, importa referir que a arbitragem que tem por objecto um litígio emergente de uma relação jurídica administrativa é, comummente, designada por *arbitragem administrativa*, pondo em evidência a especificidade da utilização do instituto para a resolução de litígios que, no plano dos tribunais estaduais, se integrariam no âmbito da jurisdição administrativa, por contraposição a *arbitragem privada*, que se ocupa dos litígios que, no plano dos tribunais estaduais, caberiam à jurisdição comum[21]. É, pois, com o apontado sentido de arbitragem com objecto incidente sobre relações jurídicas administrativas que utilizaremos o termo *arbitragem administrativa*.

3. Delimitação do âmbito do estudo

Conforme referimos, nem todos os litígios são, em abstracto, susceptíveis de ser resolvidos mediante recurso a arbitragem voluntária, ou seja, nem todos os litígios, pela natureza do seu objecto ou pela qualidade das partes, são *arbitráveis*. O termo *arbitrabilidade* designa, pois, a susceptibilidade de certo litígio ser submetido a arbitragem voluntária: fala-se de *arbitrabilidade objectiva*, quando a susceptibilidade de certo litígio ser submetido, a título principal, a arbitragem voluntária é aferida em razão do seu objecto (*ratione materiae*), e de *arbitrabilidade subjectiva*, quando o é em razão da

[19] Embora tal nem sempre suceda, seja porque, no caso concreto, o processo arbitral poderá terminar sem que tenha sido proferida uma decisão de mérito, seja porque uma tal decisão poderá, eventualmente, vir a ser objecto de recurso ou de acção de anulação.

[20] Sem prejuízo da existência de mecanismos legais que permitam superar as dificuldades que se suscitem na designação de árbitros.

[21] Sobre o conceito de arbitragem administrativa, cfr., por todos, JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., pp. 295-299. Em sentido crítico, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 82-83.

qualidade das partes (*ratione personae*)[22]. O termo arbitrabilidade tem, assim, "por objecto exprimir a qualidade dos litígios que podem ser submetidos a arbitragem, em termos de sobre eles poderem ser validamente celebradas convenções de arbitragem, ser constituídos tribunais arbitrais e esses tribunais arbitrais proferirem decisões"[23]. Habitualmente, o termo arbitrabilidade é utilizado para designar a noção mais restrita de arbitrabilidade objectiva, o que tende a suceder mais comummente nos sistemas jurídicos em que não se suscitam problemas de arbitrabilidade subjectiva, sendo também com aquele sentido mais restrito que o utilizaremos ao longo da exposição subsequente.

No quadro de um juízo de arbitrabilidade subjectiva, questionou-se, durante muito tempo, se o Estado e outras pessoas colectivas de direito público poderiam comprometer-se em árbitros. Actualmente, a questão, assim abstractamente colocada, é pacífica, merecendo, no ordenamento jurídico português, resposta afirmativa. Todavia, há vastos domínios em que aqueles sujeitos não podem subtrair-se à *jurisdição estadual* (por contraposição a *jurisdição arbitral*), também designada por *jurisdição pública* (por contraposição a *jurisdição privada*)[24]. Dito de outro modo, não obstante o Estado e as demais pessoas públicas poderem comprometer-se em árbitros – não se verificando, portanto, uma restrição à resolução dos seus litígios por arbitragem fundada na sua qualidade de pessoas colectivas de direito público –, apenas poderão fazê-lo quanto a certas categorias de litígios, que, por integrarem o âmbito da arbitragem, tal como resulta delimitado por lei, poderão ser resolvidos por arbitragem. Trata-se, pois, de um problema de *arbitrabilidade objectiva*.

O recurso à arbitragem voluntária, por parte do Estado e de outras pessoas

---

[22] Cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, "Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema.", *in* ANTÓNIO VIEIRA DA SILVA (Org.), *IV Congresso de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 13 e ss; LOUKAS A. MISTELIS, "Is Arbitrability a National or an International Law Issue?", *in* LOUKAS A. MISTELIS / STAVROS L. BREKOULAKIS (Orgs.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, pp. 1-18; BERNARD HANOTIAU / OLIVIER CAPRASSE, "Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention", *in Journal of International Arbitration*, Volume 25, Issue 6, Kluwer Law International, 2008, p. 724; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, cit., pp. 103 e ss.; YVES FORTIER, "Arbitrability of Disputes", *in* GERALD ATKINS / KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL / PAOLO MICHELE PATOCCHI / ANNE MARIE WHITEELL (Orgs.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honor of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, pp. 269 e ss.; RAÚL VENTURA, "Convenção de Arbitragem", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), Volume II, pp. 317 e ss.

[23] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "Tópicos Sobre o Problema do Âmbito Subjectivo da Arbitragem sobre Relações Jurídicas Multilaterais ou Poligonais de Direito Administrativo", *in* ANTÓNIO VIEIRA DA SILVA (Org.), *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 211, nota 7.

[24] Cfr. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., p. 76.

colectivas públicas, para resolução de certos litígios de direito administrativo, mormente questões de responsabilidade civil administrativa e certas questões relativas a contratos, é, desde há muito, admissível no nosso ordenamento jurídico. Contudo, não obstante a tendência geral de incremento do recurso à arbitragem como meio de composição de litígios entre a Administração Pública e os particulares, um amplo conjunto de questões de direito administrativo permanece, ainda, excluído do recorte de arbitrabilidade. O que vale por dizer que nem todas as matérias de direito administrativo são arbitráveis. Ora, esta *inarbitrabilidade relativa* em matéria administrativa suscita numerosas questões, algumas das quais ainda não definitivamente resolvidas.

O objecto do presente estudo parte, precisamente, de uma dessas questões: em que medida são arbitráveis os litígios que tenham por objecto o controlo de actos administrativos? Procurando delimitar o objecto do presente estudo, dir-se-á que o mesmo consiste, essencialmente, na averiguação da susceptibilidade de deferir a tribunal arbitral, no quadro da arbitragem voluntária e à luz do regime de arbitrabilidade vigente no direito português de fonte interna, o controlo da validade ou do mérito de actos administrativos, procurando, em caso afirmativo, delimitar as situações em que um tribunal arbitral poderá ser chamado a apreciar a legalidade ou o mérito de actos administrativos.

Assim, importa sublinhar que, por um lado, a nossa análise cingir-se-á à arbitragem voluntária, pelo que todas as referências a arbitragem devem ser entendidas como reportando-se à noção de arbitragem a que as partes recorrem por sua vontade, em detrimento do recurso à justiça estadual, estando, por isso, excluídos do respectivo âmbito os diversos regimes de arbitragem necessária de direito administrativo; por outro lado, a presente análise reporta-se, apenas, à arbitragem "que decorre no território nacional, como alternativa aos tribunais administrativos nacionais normalmente competentes para o julgamento do litígio, envolvendo um conflito entre dois ou mais sujeitos de direito, regulada pelo Direito Administrativo vigente na ordem jurídica nacional (de natureza comunitária ou interna)"[25] e que apresenta contactos juridicamente relevantes com uma

[25] JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., pp. 120-121.

única ordem jurídica: a portuguesa[26] [27]. Os problemas suscitados serão, pois, analisados, exclusivamente, na perspectiva da ordem jurídica portuguesa, no quadro da legislação nacional, o que vale por dizer que a conclusão a que se chegar será, tendencialmente, aquela a que chegaria um tribunal, arbitral ou estadual, que apreciasse aquelas questões exclusivamente segundo o direito português de fonte interna.

4. Indicação de sequência

O tratamento das questões colocadas exigirá, em primeiro lugar, e a título de enquadramento, um estudo prévio sobre alguns aspectos de âmbito mais geral que nos habilitarão a desenvolver, posteriormente, os temas que nos propusemos tratar – é o que faremos na Parte I deste trabalho. Neste âmbito, começaremos por analisar a evolução histórica do recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa, no ordenamento jurídico português. Posteriormente, faremos uma breve incursão pelo tratamento conferido à arbitragem administrativa nalguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, após o que procuraremos dilucidar o tratamento que lhe é, directa e indirectamente, conferido pelo direito da União Europeia. Ainda a título de enquadramento, analisaremos os principais traços caracterizadores do tratamento conferido à arbitragem administrativa pelo texto constitucional, designadamente indagando qual a natureza da actividade desempenhada pelos árbitros, à luz da CRP, e respectivas decorrências para a arbitrabilidade em matéria jus-administrativa.

Assim habilitados, debruçar-nos-emos, então, na Parte II deste estudo, sobre a concreta questão da arbitrabilidade de litígios emergentes de actos administrativos, convocando para a análise do tema as principais posições da doutrina. Num primeiro

[26] Assim, por exemplo, não analisaremos a questão na interessante perspectiva do sistema de arbitragem instituído pela Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, celebrada em 1965, em Washington, o qual, nas palavras de TIAGO DUARTE, "As fronteiras do Direito Público e a arbitragem internacional de protecção de investimentos", *Scientia Iuridica*, tomo LX, 2011, n.º 326, p. 300, "é bem o exemplo das fronteiras do Direito Público, que mostram, por exemplo, que há vida além do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) e do modo como a arbitragem de Direito Administrativo está configurada entre nós".

[27] As diferenças terminológicas e a fluidez conceptual no que respeita à delimitação dos diversos tipos de arbitragem, designadamente quanto aos tipos de arbitragem que estabelecem contactos juridicamente relevantes com mais de um Estado, justificam que se opte por delimitar positivamente o tipo de arbitragem sobre o qual recairá a nossa análise, sem cuidar de proceder à dilucidação dos demais tipos de arbitragem. Em boa verdade, um tal exercício, complexificando desnecessariamente o ponto, afigurar-se-ia inútil à correcta compreensão do objeto da presente investigação, a qual fica plenamente assegurada pela delimitação positiva a que se procedeu no texto.

momento, abordaremos a temática do controlo da legalidade de actos administrativos por tribunais arbitrais, à luz das normas que constituem o regime comum da arbitragem administrativa. Num segundo momento, procuraremos averiguar a admissibilidade do controlo do mérito de actos administrativos por tribunais arbitrais. Por outro lado, reflectir-se-á sobre as limitações, no quadro da arbitrabilidade, decorrentes da caracterização da arbitragem como via em alternativa aos meios da jurisdição estadual. Por fim, abordar-se-á a problemática das relações jurídico-administrativas multipolares, do ponto de vista dos desafios (e limitações) que colocam à arbitragem de litígios emergentes de actos administrativos que se caracterizem pela existência de contra-interessados. Ainda no âmbito desta análise, não poderemos deixar de reflectir sobre as soluções encontradas pelo legislador para regular a temática da arbitrabilidade dos actos administrativos, confrontando-as com as soluções adoptadas, por exemplo, no direito tributário.

PARTE I

Enquadramento dogmático da arbitragem administrativa

1. Evolução histórica da arbitragem em matéria administrativa no ordenamento jurídico português

Proveniente do direito privado, a arbitragem constitui um modo de resolução de conflitos cuja utilização, em Portugal, remonta, pelo menos, ao século XIII, constituindo, bem assim, um instituto fortemente enraizado na tradição jurídica nacional[28]. A sua utilização no domínio do direito administrativo é, evidentemente, muito mais tardia, não apenas devido à juventude deste ramo do direito, mas, também, e sobretudo, por implicar o afastamento da competência dos tribunais administrativos, o que sempre suscitou sérias reservas, tendo em conta que aqueles constituíam foro especial da Administração Pública.

A evolução histórica da arbitragem no direito administrativo português permite identificar, pelo menos, três fases distintas[29]: (i) antes da entrada em vigor do ETAF de 1984; (ii) entre 1984 e 2004; (iii) a partir de 2004, ano em que entrou em vigor o CPTA. Em face do novo RJAT, poderá, ainda, perguntar-se se se não está, actualmente, perante a emergência de uma quarta fase na evolução histórica da arbitragem em matéria administrativa, atentas as inovações introduzidas por aquele regime.

Analisemos, pois, de modo sucinto, e do ponto de vista do recorte de arbitrabilidade de litígios em matéria administrativa, cada um daqueles períodos, incluindo as principais inovações a este respeito introduzidas pelo novo regime da arbitragem tributária[30].

1.1. A primeira fase: antes de 1984

---

[28] Sobre a evolução histórica da arbitragem no direito português, cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 52-57; JOSÉ DUARTE NOGUEIRA, "A Arbitragem na História do Direito Português (Subsídios)", *Revista Jurídica*, n.º 20, 1996, pp. 7-57; FRANCISCO CORTEZ, "A Arbitragem Voluntária em Portugal – Dos «ricos homens» aos tribunais privados", *Revista "O Direito"*, Ano 124 (1992), III, pp. 365-591.

[29] Cfr. PAULO OTERO, "Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Actos Administrativos", *in* ANTÓNIO VIEIRA DA SILVA (Org.), *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 82.

[30] Para uma perspectiva histórica mais abrangente das relações entre a arbitragem e o direito administrativo, cfr. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., pp. 135-154.

Se o direito privado é um campo fértil ao desenvolvimento e aperfeiçoamento da arbitragem, o mesmo não poderá dizer-se do direito administrativo, no âmbito do qual "[à] primeira vista, parece difícil aceitar que a Administração Pública, ligada a uma ideia de poder público, sujeita à legalidade administrativa e à realização do interesse público, possa, por convenção, afastar a competência dos tribunais administrativos, criados justamente para apreciar litígios de natureza jus-administrativa, e submeter-se ao julgamento de árbitros"[31].

Com efeito, antes da entrada em vigor do ETAF de 1984, não havia, no ordenamento jurídico português, uma disposição de alcance genérico que versasse o recurso à arbitragem para a resolução de litígios em matéria jus-administrativa. Na falta de uma tal disposição, o entendimento dominante começou por ser o de que a competência dos tribunais administrativos constituía matéria de ordem pública, insusceptível de ser afastada por vontade das partes, salvo se para tanto a Administração houvesse sido autorizada por norma especial.

Em quatro acórdãos proferidos na década de 50[32], todos eles relativos a uma concessão hidroeléctrica, o STA viria a manifestar um entendimento diferente. Em causa estava uma cláusula compromissória inserida no respectivo caderno de encargos, nos termos da qual quaisquer questões suscitadas sobre a interpretação das suas disposições seriam julgadas por um tribunal arbitral. Ainda que não existisse norma legal, geral ou especial, que permitisse o recurso à arbitragem, o STA pronunciou-se pela validade da cláusula compromissória e, consequentemente, declarou-se incompetente. O Tribunal fundou a sua posição, essencialmente, nas disposições do Código de Processo Civil que permitiam o recurso à arbitragem para o julgamento de litígios em que não estivessem em causa relações jurídicas subtraídas ao domínio da vontade das partes, considerando que tais disposições não eram afastadas pela natureza administrativa do contrato em causa. Esta evolução jurisprudencial foi acompanhada por uma parte da doutrina e severamente

[31] Cfr. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., p. 136.

[32] Acórdão do STA de 29 de Abril de 1955, proferido no processo n.º 4238, *Colecção de acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo – Contencioso administrativo*, Volume XXI (1955), Lisboa, Imprensa Nacional, 1957, pp. 326-339; acórdão do STA de 23 de Março de 1956, proferido no processo n.º 4592, *Colecção de acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo – Contencioso administrativo*, Volume XXII (1956), Lisboa, Imprensa Nacional, 1958, pp. 250-258; acórdão do STA de 19 de Julho de 1956, proferido no processo n.º 838, *Colecção de acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo – Tribunal Pleno*, Volume IX (1956-1957), Lisboa, Imprensa Nacional, 1959, pp. 180-186; e acórdão do STA de 21 de Março de 1957, proferido no processo n.º 912, *Colecção de acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo – Tribunal Pleno*, Volume IX (1956-1957), Lisboa, Imprensa Nacional, 1959, pp. 354-358.

criticada por outra.

Em 1960, MARQUES GUEDES critica duramente a jurisprudência mencionada, afirmando que "[a] opinião que [o STA, nos acórdãos referidos] sancionou, além de injurídica, conduz ao absurdo de garantir à Administração concedente (pela via indirecta da absolvição da instância) o desaforamento ilegalmente estabelecido por um decreto simples: o decreto de concessão"[33]. Em sua opinião, a natureza de ordem pública da competência dos tribunais administrativos implicava que "somente nos casos em que intervier lei especial, permitindo-a ou aprovando-a, será válida a cláusula compromissória instituindo juízo arbitral"[34].

Por seu turno, apesar de concluir pela "impossibilidade de submeter a juízo arbitral as questões respeitantes ao contencioso de anulação, que é, aliás, o contencioso administrativo por definição", MARCELLO CAETANO, em 1963, admitia que "as partes [poderão] comprometer-se em árbitros quanto às matérias que, embora da competência dos tribunais administrativos, sejam objecto de acção, desde que se trate de direitos e obrigações de que qualquer delas (Administração e particulares) possa dispor à sua vontade"[35]. Em 1969, acrescentou o autor que, no seguimento da orientação já defendida em edições anteriores do seu *Manual de Direito Administrativo*, o regime jurídico da empreitada de obras públicas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48.871, de 19 de Fevereiro de 1969, veio declarar a possibilidade de recurso à arbitragem para o julgamento de questões de interpretação, validade ou execução daqueles contratos[36].

Durante este período, a discussão centrou-se, fundamentalmente, na admissibilidade do recurso à arbitragem, por parte da Administração, para o julgamento de litígios em matéria administrativa, com o consequente afastamento da competência dos tribunais administrativos. Para quem admitia esta possibilidade, fundada, essencialmente, na "aplicação integrada da norma do contencioso administrativo sobre a natureza de ordem pública dos respectivos tribunais e da norma geral do processo civil sobre a

[33] ARMANDO MARQUES GUEDES, "Tribunais Arbitrais Administrativos", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XIV, 1960, p. 151.

[34] ARMANDO MARQUES GUEDES, *Tribunais Arbitrais Administrativos*, cit., p. 151.

[35] MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 6.ª edição, Lisboa, Coimbra Editora, 1963, p. 766.

[36] Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, 8.ª edição, Lisboa, Coimbra Editora, 1969, p. 1176.

admissibilidade da arbitragem"[37], a Administração somente poderia comprometer-se em árbitros quanto a direitos e obrigações de que pudesse dispor por sua vontade.

1.2. A segunda fase: entre 1984 e 2004

A segunda fase é marcada por uma evolução no plano legislativo, em grande medida consolidando o entendimento jurisprudencial favorável à arbitragem em matéria administrativa.

Com a entrada em vigor do ETAF de 1984, surge, pela primeira vez, uma norma de alcance genérico admitindo o recurso à arbitragem para resolução de certos litígios de natureza jus-administrativa: dispunha o seu artigo 2.º, n.º 2, que eram "admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo o contencioso das acções de regresso".

Em 1986, entrou em vigor a LAV de 1986, em cujo artigo 1.º, n.º 4, se estabeleceu que o Estado e as outras pessoas colectivas de direito público poderiam celebrar convenções de arbitragem, em matéria administrativa, se para tanto fossem autorizados por lei especial. Ora, o artigo 2.º, n.º 2, do ETAF de 1984 constituía, precisamente, uma *lei especial*, para o efeito de habilitar a Administração Pública a celebrar convenções de arbitragem, no domínio dos contratos administrativos e da responsabilidade civil[38].

Posteriormente, em 1992, entraria em vigor o CPA, em cujo artigo 188.º se repetia a permissão de deferir a tribunal arbitral, por cláusula compromissória, o julgamento de litígios emergentes de contratos administrativos.

Como bem nota SÉRVULO CORREIA, "[p]ara além de um défice de densidade de ordenação tramitacional, o grande vazio que se prolongou, pelo menos até a reforma de 2002/2003, consistiu sobretudo na ausência de um contributo legislativo para o entendimento do *critério de arbitrabilidade* dos litígios jurídico-administrativos e, no seguimento deste, para uma compreensão mais precisa do *âmbito* de tal arbitrabilidade, em

[37] SÉRVULO CORREIA, "A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos", AAVV, *Estudos em Homenagem do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, p. 234.

[38] Cfr., por exemplo, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª edição (revista), Coimbra, Almedina, 2010, p. 1144.

particular no tocante aos litígios sobre actos administrativos"[39].

Com efeito, o artigo 2.º, n.º 2, do ETAF de 1984 estabelecia o âmbito da arbitragem em matéria administrativa – o contencioso da responsabilidade civil e dos contratos administrativos –, mas não oferecia ao intérprete um *critério de arbitrabilidade*, cuja utilidade poderia manifestar-se, sobretudo, na interpretação do *recorte de arbitrabilidade* estabelecido pelo legislador, designadamente quanto ao que devia considerar-se abrangido pelo "contencioso dos contratos administrativos".

Seja como for, durante o período em análise, entendia-se que o âmbito de arbitrabilidade em matéria administrativa correspondia, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do ETAF de 1984, ao contencioso da responsabilidade civil e dos contratos administrativos, mas dele ficaria excluído o recurso contencioso dos actos administrativos[40], incluindo o dos actos preparatórios dos contratos e o dos actos administrativos de execução dos contratos. O recorte de arbitrabilidade emergente deste preceito apenas abrangia os litígios que, no plano dos tribunais estaduais, seguissem a via de acção, e não já os que, nesse plano, seguissem a via de recurso[41]. Continua, bem assim, a manifestar-se, durante este período, a influência da tradicional restrição à arbitrabilidade de litígios jurídico-administrativos fundada no critério da disponibilidade do direito sobre que incide o litígio[42].

Importa, ainda, mencionar que, já em 1989, MARCELO REBELO DE SOUSA, em estudo sobre as indemnizações por nacionalização e as comissões arbitrais, ante a suposta "incompatibilidade de princípio entre a jurisdição arbitral e o contencioso administrativo, com base no princípio de que a competência dos tribunais administrativos é de ordem pública e no princípio da indisponibilidade de todas as questões relacionadas com a legalidade dos actos da Administração Pública", sustentava que, "encontrando-se a constituição de arbitragens, no contencioso administrativo, prevista em lei especial, não se coloca em relação a ela nenhum dos problemas acabados de referir, pois, como é sobejamente conhecido, '*lex specialis derrogat lex generalis*'. E o Direito Português

[39] SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lisboa, Lex, 2005, p. 678.

[40] Cfr. acórdão do STA de 14 de Maio de 1998, proferido no recurso n.º 42938, *Apêndice ao Diário da República de 26 de Abril de 2002*, II Volume, pp. 3586-3590.

[41] Cfr., entre outros, SÉRVULO CORREIA, "A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos", pp. 234, nota 10.

[42] Cfr., entre outros, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 334-338.

conhece exemplos claros e recentes de jurisdição arbitral, inclusive no domínio do contencioso apelidado de anulação, como o da impugnação dos actos praticados pelo Instituto de Reorganização Agrária perante órgãos arbitrais"[43].

Como assinala PAULO OTERO, "[n]ão é verdade, porém, que os tribunais arbitrais durante este período não emitissem juízos de ilegalidade ou invalidade sobre formas jurídicas de actuação administrativa:

- Por um lado, a validade dos contratos administrativos, podendo ser conhecida no âmbito da arbitragem, envolvia a emissão de um juízo sobre a legalidade ou ilegalidade de uma tal forma de actuação administrativa – suscita-se aqui, no entanto, uma inevitável interrogação: o que haverá de estruturalmente diferente entre um juízo de invalidade sobre um contrato administrativo e um idêntico juízo se formulado a respeito de um acto administrativo?
- Por outro lado, era mesmo possível que o juízo de invalidade do tribunal arbitral incidisse sobre actos administrativos, a título incidental, isto no âmbito das acções de responsabilidade extracontratual por actos de gestão pública: o que é aferir a existência de um acto lícito ou ilícito senão, afinal, um juízo sobre a validade ou a invalidade do acto em causa?"[44].

1.3. A terceira fase: a partir de 2004

A reforma do contencioso administrativo de 2002/2003 conduziu à entrada em vigor de um novo ETAF e do CPTA, com a consequente revogação da LPTA e do ETAF de 1984: surge, pois, um novo quadro legal aplicável à arbitragem de litígios em matéria administrativa.

Com a entrada em vigor do CCP, em 2008, o artigo 188.º do CPA viria a ser revogado, passando o artigo 180.º do CPTA a desempenhar, em exclusivo, a função habilitante do recurso à arbitragem para resolução de litígios de direito administrativo, por parte do Estado e demais pessoas colectivas públicas.

---

[43] MARCELO REBELO DE SOUSA, "As indemnizações por nacionalizações e as comissões arbitrais em Portugal", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 49 (1989), Volume II, p. 393.

[44] PAULO OTERO, *Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Actos Administrativos*, cit., p. 88.

Especificamente no âmbito de arbitrabilidade em matéria administrativa, o artigo 180.º do CPTA estabelece que, "[s]em prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de:

(a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução;

(b) Questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efectivação do direito de regresso;

(c) Questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva;

(d) Litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional".

Completando o quadro do regime geral da arbitrabilidade no direito administrativo, o artigo 185.º do CPTA esclarece que não poderá ser deferido a tribunal arbitral o julgamento de questões de responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos praticados no exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional.

O âmbito de arbitrabilidade fixado por aqueles preceitos contrasta com o resultante do artigo 2.º, n.º 2, do ETAF de 1984, que apenas admitia a arbitragem em matéria administrativa no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil. A principal inovação introduzida pelo artigo 180.º do CPTA diz respeito à introdução da possibilidade de arbitragem de litígios incidentes sobre questões relativas a certos actos administrativos, incluindo a apreciação da legalidade de actos administrativos praticados em execução de contratos. Verifica-se, pois, um (tímido, mas decisivo) alargamento do âmbito de arbitrabilidade em matéria administrativa.

Importa, neste ponto, aludir ao artigo 187.º do CPTA, nos termos do qual "[o] Estado pode, nos termos da lei, autorizar a instalação de centros de arbitragem permanente destinados à composição de litígios no âmbito das seguintes matérias": contratos, responsabilidade civil da Administração, relações jurídicas de emprego público, sistemas públicos de protecção social e urbanismo. Pelas razões que explicaremos na Parte II deste estudo, não cremos que esta disposição constitua um alargamento do âmbito de arbitrabilidade em matéria administrativa face ao estatuído no artigo 180.º do CPTA, pelo

que, para o que releva em sede de evolução histórica da arbitrabilidade de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, limitar-nos-emos a considerar o elenco de questões delimitado pelo artigo 180.º do CPTA.

Não obstante o CPTA dedicar vários artigos à disciplina da arbitragem administrativa – os artigos 180.º a 187.º, que constituem o Título IX –, nem por isso o novo regime deixa de colocar numerosas e complexas questões, mormente no que concerne à concreta determinação das matérias que poderão ser submetidas a juízo arbitral. A parca densidade de regulação da arbitragem, com a lacónica remissão para a lei sobre arbitragem voluntária, a aplicar "com as devidas adaptações", a par da ausência de um critério que auxilie o intérprete na concreta delimitação do âmbito de arbitrabilidade em matéria administrativa deixam antever as dificuldades trazidas pelo novo regime.

Em qualquer caso, da expressa consagração legal da arbitrabilidade de certos actos administrativos introduzida pelo CPTA decorre uma importante consequência: por força das inovações em matéria de arbitrabilidade introduzidas por aquele regime, "não se pode afirmar que a arbitragem está confinada ao âmbito da disponibilidade de direitos"[45]. Dito de outro modo, a possibilidade de submeter a arbitragem matérias que, à luz da transposição para o direito administrativo do critério geral de arbitrabilidade vigente na LAV de 1986, eram tidas por inarbitráveis, veio demonstrar a inaplicabilidade, no direito administrativo, do critério de arbitrabilidade fundado na disponibilidade do direito constante da LAV de 1986. A relevância desta conclusão prende-se, fundamentalmente, com a superação das tradicionais restrições da arbitrabilidade em matéria administrativa fundadas no critério da disponibilidade. Voltaremos ao tema, mais aprofundadamente, na Parte II do presente estudo.

Com a entrada em vigor da nova LAV, em 2012, passou a vigorar, para o direito privado, um novo critério de arbitrabilidade dos litígios, segundo o qual pode ser deferido a árbitros o julgamento de "qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial" (artigo 1.º, n.º 1), bem como de "litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido" (artigo 1.º, n.º 2). Tal como sucedia com o critério de arbitrabilidade fixado na LAV de 1986, também o critério de arbitrabilidade fundado na patrimonialidade do

[45] JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, "Arbitragem e contratos públicos", *in* PEDRO GONÇALVES (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 953.

litígio, constante da nova LAV, não é aplicável no direito administrativo. Assim sendo, o recorte de arbitrabilidade fixado no artigo 180.º do CPTA mantém-se inalterado.

1.4. O novo regime jurídico da arbitragem dos actos tributários: a iminência de uma quarta fase?

Tal como sucedia com os actos administrativos, a apreciação da legalidade de actos tributários constituiu sempre matéria tida como absolutamente inarbitrável, à luz da concepção tradicional da disponibilidade de direitos. Com efeito, os actos de liquidação de tributos são, fundamentalmente, actos de conteúdo vinculado, não gozando a Administração Tributária de qualquer margem de liberdade na fixação dos principais elementos do acto.

Parecia, por isso, razoável supor que, à luz das concepções tradicionais sobre a vigência transversal do critério da disponibilidade, a registar-se uma evolução favorável ao controlo, por tribunais arbitrais, da legalidade de actos administrativos de conteúdo substancialmente vinculado, tal evolução ocorreria, em primeiro lugar, no direito administrativo, designadamente em áreas onde fosse menor o grau de vinculação do órgão decisor.

Sucede que foi justamente no direito tributário que o legislador operou a mais profunda abertura, no direito público, ao controlo por tribunais arbitrais do exercício de poderes vinculados pela Administração Pública. E fê-lo de tal modo que, não obstante as tímidas aberturas à arbitragem introduzidas pelo CPTA, é, hoje, ostensiva a diferença de regimes no que toca à arbitrabilidade nestes dois ramos do direito.

O novo RJAT estabelece, expressamente, que a "competência dos tribunais arbitrais compreende a apreciação das seguintes pretensões: a) A declaração de ilegalidade de actos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta; b) A declaração de ilegalidade de actos de fixação da matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo, de actos de determinação da matéria colectável e de actos de fixação de valores patrimoniais"[46] [47]. Daqui facilmente se retira que o novo regime da arbitragem tributária afasta totalmente o critério da disponibilidade

[46] Cfr. artigo 2.º, n.º 1, do RJAT, e, também, artigo 2.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de Março.

[47] A vinculação da Administração Tributária à jurisdição do CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa decorre da Portaria n.º 112-A/211, de 22 de Março, em vigor desde 1 de Julho de 2011.

de direitos, em matéria de arbitrabilidade tributária[48], o que não só se afigura revelador de uma tendência de progressiva abertura da arbitragem a domínios onde o critério da disponibilidade, tal como interpretado no direito público, não permitia chegar, como parece suscitar a questão sobre se não estará iminente a emergência de uma nova fase na evolução histórica da arbitragem em matéria administrativa.

Certo é, pois, que a abertura do direito administrativo à arbitragem, nos domínios em que tal ainda não sucedeu, constituirá, agora, um desenvolvimento natural da mudança de paradigma operada pelos termos generosos em que a arbitragem foi acolhida no domínio tributário, com destaque para a admissibilidade geral da arbitragem de litígios respeitantes à legalidade de actos tributários, os quais, como se sabe, constituem actos materialmente administrativos[49].

2. A arbitragem administrativa em ordenamentos jurídicos estrangeiros

Analisada a evolução histórica da arbitragem administrativa no nosso ordenamento jurídico, procuraremos, de seguida, traçar o quadro geral do regime de arbitrabilidade em matéria administrativa vigente nalguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, pondo em evidência as principais coordenadas da temática em tais sistemas jurídicos[50]. Não pretendemos analisar exaustivamente o regime da arbitragem de litígios jurídico-administrativos vigente em cada um dos sistemas jurídicos estrangeiros consultados, mas apenas referir, sucintamente, os principais traços caracterizadores do tratamento conferido

[48] Em sentido convergente, pronunciando-se sobre a autorização legislativa em matéria tributária concedida pela Lei do Orçamento do Estado para 2010, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Da Arbitragem Administrativa à Arbitragem Fiscal: Notas Sobre a Introdução da Arbitragem em Matéria Tributária", *in* NUNO DE VILLA-LOBOS / MÓNICA BRITO VIEIRA (Orgs.), *Mais Justiça Administrativa e Fiscal - Arbitragem*, 1.ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, p. 147, considera que tal "autorização legislativa representa, pela sua extensão, um salto significativo no que respeita à arbitrabilidade dos litígios fiscais […]" e que "[a] implementação do modelo previsto pelo legislador de 2010 representa notável corte no critério de arbitrabilidade […]".

[49] Com o que se acaba de dizer não se pretende, evidentemente, questionar a autonomia científica do direito tributário. Pretende-se, antes, chamar a atenção para que o controlo da legalidade dos actos tributários, que constituem decisões dos órgãos da Administração tributária que, ao abrigo de normas de direito público, se destinam a produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta, sendo, portanto, segundo um critério material, verdadeiros actos administrativos, poderá, por força do novo RJAT, ser deferido a tribunais arbitrais. Atendendo a que tais actos se afiguram de conteúdo quase exclusivamente vinculado, o RJAT parece assinalar uma mudança de paradigma na arbitragem de direito público, sugerindo a iminência da emergência de uma nova fase nas relações entre os actos administrativos e a arbitragem.

[50] Importa, neste contexto, salientar que, por um lado, privilegiaremos as referências normativas sobre a temática e que, por outro lado, procuraremos limitar a exposição subsequente à perspectiva da arbitragem interna, porquanto só esta se insere no âmbito do nosso estudo.

à arbitrabilidade em matéria administrativa em tais sistemas, privilegiando as referências normativas mais relevantes.

Antes, porém, de iniciar uma tal exposição, justifica-se uma breve referência à selecção dos sistemas jurídicos consultados, a qual ficou a dever-se, essencialmente, a três critérios: em primeiro lugar, seleccionámos alguns dos principais sistemas jurídicos que, tal como o nosso ordenamento jurídico, se enquadram tradicionalmente no sistema de administração executiva (é o caso de França, da Alemanha, de Espanha e de Itália); em segundo lugar, seleccionámos alguns dos sistemas jurídicos europeus que mais se destacam pela sua importância no contexto do desenvolvimento da prática arbitral (é o caso do Reino Unido, de França e da Alemanha); em terceiro lugar, seleccionámos alguns dos ordenamentos jurídicos de língua portuguesa que têm vindo a assumir um papel crescentemente relevante no plano económico (é o caso do Brasil, de Angola e de Moçambique).

2.1. Alemanha

O ordenamento jurídico alemão não contém uma norma de âmbito geral que verse especificamente sobre a arbitragem de litígios com entes públicos. Nos termos do § 1030.º, n.º 1, do ZPO (*Zivilprozessordnung*), o código de processo civil alemão, é admissível o recurso à arbitragem para dedução de pretensões de natureza patrimonial ("vermögensrechtliche Anspruch") ou de outras que, embora não tendo natureza patrimonial, sejam susceptíveis de constituir objecto de um acordo entre as partes. Exceptuam-se do recorte de arbitrabilidade decorrente desta norma certas questões respeitantes a relações jurídicas de arrendamento, bem como outras questões cuja inarbitrabilidade resulte de norma constante de outro diploma. Não se afigura inteiramente claro que as normas sobre arbitragem que integram o ZPO, designadamente o mencionado § 1030.º, sejam aplicáveis a litígios de natureza jurídica administrativa. Em todo o caso, tem sido afirmado que qualquer pretensão de natureza patrimonial é arbitrável,

independentemente da sua natureza pública ou privada[51]. Segundo uma opinião, o recorte de arbitrabilidade de litígios jurídico-administrativos no ordenamento jurídico alemão abrange as matérias relativamente às quais é possível criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica administrativa por meio de contrato, de modo que, por exemplo, estariam excluídos da possibilidade de arbitragem litígios sobre matéria tributária[52] [53].

2.2. Angola

A Lei n.º 16/03, de 25 de Julho, a lei angolana de arbitragem voluntária, estabelece, no seu artigo 1.º, n.º 1, que "[t]odos aqueles que dispuserem de capacidade contratual podem, nos termos da presente lei, recorrer a um Tribunal Arbitral para resolver litígios relativos a direitos disponíveis, mediante Convenção de Arbitragem, desde que por lei especial não estejam exclusivamente submetidos a Tribunal Judicial ou à arbitragem necessária".

Especificamente sobre os litígios que envolvam as pessoas colectivas públicas estabelece o artigo 1.º, n.º 3, do mesmo diploma legal que o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem no âmbito dos contratos administrativos e, também, nos casos previstos em lei especial[54]. Regista-se, ainda, a existência de disposições normativas dispersas que versam sobre a possibilidade

[51] Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, cit., pp. 35-36, assinalando que, no direito alemão, "a arbitrabilidade dos litígios de Direito público tem sido construída [...] a partir [...] do critério do carácter patrimonial da pretensão"; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, cit., p. 116, considerando que "[n]a Alemanha, tende a admitir-se que os litígios jurídico-administrativos sobre pretensões patrimoniais são arbitráveis"; e PATRICK M. BARON / STEFAN LINIGER, "A Second Look at Arbitrability", *Arbitration International*, n.º 19, 1, Kluwer Law International, 2003, pp. 36-37.

[52] Cfr. ALFRED ESCHER / PATRICIA NACIMIENTO / CHRISTOPH WEISSENBORN, "Selected Areas and Issues of Arbitration in Germany, Investment Arbitration and the Participation of State Parties in Germany", *in* KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL / STEFAN MICHAEL KRÖLL (Orgs.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Kluwer Law International, 2007, p. 1028.

[53] Sobre a arbitragem voluntária no ordenamento jurídico alemão, cfr., entre outros, ALFRED ESCHER / PATRICIA NACIMIENTO / CHRISTOPH WEISSENBORN, *Selected Areas and Issues of Arbitration in Germany, Investment Arbitration and the Participation of State Parties in Germany*, cit., pp. 1013-1060; ROLF TRITTMANN / INKA HANEFELD, "Part II – Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II – Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability", *in* KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL / STEFAN MICHAEL KRÖLL (Orgs.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Kluwer Law International, 2007, pp. 112-125; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, cit., pp. 105-116; e PATRICK M. BARON / STEFAN LINIGER, *A Second Look at Arbitrability*, cit., pp. 27-54.

[54] Sobre a arbitragem voluntária no ordenamento jurídico angolano, cfr., entre outros, AGOSTINHO PEREIRA DE MIRANDA / CLÁUDIA LEONARDO, "Lei angolana da Arbitragem Voluntária: uma análise descritiva", *Revista de Arbitragem e Mediação*, Abril-Junho 2010, pp. 199-212.

de arbitragem de litígios jurídico-administrativos, destacando-se as seguintes:

- O artigo 33.º, n.º 4, da Lei n.º 11/03, de 13 de Maio, a lei do investimento privado, nos termos do qual se prevê a possibilidade de submissão a arbitragem dos litígios emergentes de contratos de investimento[55];
- O artigo 89.º da Lei n.º 10/04, de 12 de Novembro, a lei das actividades petrolíferas, que prevê o recurso à arbitragem para a resolução dos litígios que se suscitem entre o Ministério de tutela e as licenciadas ou entre a Concessionária Nacional e as suas associadas sobre matérias estritamente contratuais;
- O artigo 20.º, n.º 1, da Lei n.º 2/11, de 14 de Janeiro, a lei sobre as parcerias público-privadas, nos termos do qual "[o]s litígios emergentes das relações estabelecidas no âmbito das parcerias público-privadas, podem ser submetidos à arbitragem, nos termos da Lei Sobre a Arbitragem Voluntária em vigor";
- O artigo 338.º da Lei n.º 20/10, de 7 de Setembro, a lei da contratação pública, que versa sobre a possibilidade de arbitragem para a resolução de litígios que se suscitem no âmbito dos contratos de empreitada de obras públicas.

2.3. Brasil

Não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, uma norma de âmbito geral que verse especificamente sobre o recurso à arbitragem para resolução de litígios com entes públicos. A jurisprudência tem vindo, no entanto, a admitir a aplicação às pessoas colectivas públicas do artigo 1.º da Lei n.º 9.307, de 23 de Setembro de 1996, a lei brasileira de arbitragem voluntária, no qual se dispõe que "[a]s pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis"[56]. Cumpre, de resto, assinalar que se regista a existência de disposições normativas dispersas que admitem expressamente a arbitragem em certos domínios de direito público:

[55] Os contratos de investimento celebrados entre o Estado e os investidores privados assumem, nos termos do artigo 33.º, n.º 1, da Lei n.º 11/2003, de 13 de Maio, a natureza de contratos administrativos.

[56] Cfr. ARNOLDO WALD / JEAN KALICKI, "The Settlement of Disputes between the Public Administration and Private Companies by Arbitration under Brazilian Law", *Journal of International Arbitration*, n.º 26 - 4, Kluwer Law International, 2009, pp. 557-578; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, cit., pp. 116-117; e LEON FREJDA SZKLAROWSKY, "A arbitragem e os Contratos Administrativos – Projecto de alteração da Lei de Licitações e Contratos", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 17, 1999, pp. 29-32.

- O artigo 23.º-A da Lei n.º 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995, no qual se estabelece a possibilidade de "[o] contrato de concessão [de serviço público ou de obra pública] prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionados ao contrato, inclusive a arbitragem";
- O artigo 11.º da Lei n.º 11.079, de 30 de Dezembro de 2004, que estabelece a possibilidade de previsão, em contratos que estabeleçam parcerias público-privadas, do recurso à arbitragem para "dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato".

2.4. Espanha

Debalde se procurará no ordenamento jurídico espanhol uma disposição legal que verse especificamente sobre a admissibilidade, em termos gerais, da submissão a arbitragem de litígios jurídico-administrativos que se suscitem entre a Administração e os particulares. Regista-se, apenas, a existência de algumas disposições legais dispersas que admitem a possibilidade de arbitragem com entes públicos em certos domínios, as quais, no entanto, não suprem a "falta [de] uma regulação da arbitragem de direito administrativo geral que dê resposta às perguntas fundamentais sobre que matérias podem ser submetidas a arbitragem"[57] [58].

Deve notar-se que a compatibilidade com o texto constitucional espanhol da abstracta admissibilidade da resolução por via arbitral de litígios jurídico-administrativos entre a Administração e os particulares, com preterição dos tribunais estaduais administrativos, constitui objecto de acesa discussão na doutrina, "que se divide não só ao responder afirmativa e negativamente à questão, mas também na argumentação das

[57] JOAQUÍN TORNOS MAS, "El arbitraje de derecho administrativo en el derecho español. Principales problemas e últimas novedades", *in* NUNO DE VILLA-LOBOS / MÓNICA BRITO VIEIRA (Orgs.), *Mais Justiça Administrativa e Fiscal - Arbitragem*, cit., p. 198.

[58] Sobre a arbitragem de direito administrativo no ordenamento jurídico espanhol, cfr., entre outros, MARTA GARCÍA PÉREZ, *Arbitraje de Derecho Administrativo*, cit., pp. 311-346; JOAQUÍN TORNOS MAS, *El arbitraje de derecho administrativo en el derecho español. Principales problemas e últimas novedades*, cit., pp. 193-211; JUAN ROSA MORENO, "El arbitraje en el derecho Administrativo Español", *in* NUNO DE VILLA-LOBOS / MÓNICA BRITO VIEIRA (Orgs.), *Mais Justiça Administrativa e Fiscal - Arbitragem*, cit., pp. 151-192; JUAN SERRADA HIERRO / JUAN CARLOS CALVO CORBELLA, "The Application of Arbitration to Public Entities. The Spanish Case", *in* MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ-BALLESTEROS / DAVID ARIAS (Orgs.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, 2010, pp. 1099-1114; e ROBERTO BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 295-321.

respectivas posições"[59] [60]. Por esta razão, são ainda muitas as incertezas quanto à admissibilidade constitucional do recurso à arbitragem para resolução de litígios em matéria administrativa, em alternativa aos tribunais administrativos do Estado, o que, evidentemente, condiciona a interpretação do regime infraconstitucional.

O artigo 2.º, n.º 1, da Lei 60/2003, de 23 de Dezembro, a lei espanhola de arbitragem voluntária, estabelece a possibilidade de submissão a arbitragem de litígios que incidam sobre matérias de que as partes possam livremente dispor. Pensado para o direito privado, aquele diploma não exclui, todavia, do seu âmbito de aplicação (ao menos expressamente) os litígios que tenham por objecto relações jurídicas administrativas[61] [62]. Em qualquer caso, as possibilidades de aplicação daquela disposição aos litígios jurídico-administrativos parecem ser muito limitadas: segundo o *Consejo General del Poder Judicial*, "a incompatibilidade entre os princípios subjacentes à LA [a aludida lei de arbitragem] e a arbitragem administrativa é tal, que levou a doutrina civilista a considerar excluídas da arbitragem, por razões de ordem pública, as matérias de natureza genuinamente administrativa: tributárias, de função pública, sancionatórias e, em geral, as actuações administrativas em que o Estado aparece investido de autoridade, exercendo poderes públicos"[63].

Como referências normativas dispersas à arbitragem com entes públicos, importa mencionar as seguintes:

- o artigo 7.º, n.º 3, da Lei 47/2003, de 26 de Novembro, a lei geral orçamental, admite a possibilidade de submissão a arbitragem de litígios que se suscitem sobre direitos que integram a Fazenda Pública, desde que mediante *Real Decreto* do Conselho de Ministros, precedido de audiência do Conselho de Estado;
- o artigo 31.º da Lei 32/2003, de 3 de Novembro, a lei sobre o património das

[59] MARTA GARCÍA PÉREZ, *Arbitraje de Derecho Administrativo en España*, cit., p. 324.

[60] Cfr., por exemplo, MARTA GARCÍA PÉREZ, *Arbitraje de Derecho Administrativo en España*, cit., pp. 324-327; e JUAN SERRADA HIERRO / JUAN CARLOS CALVO CORBELLA, *The Application of Arbitration to Public Entities. The Spanish Case*, cit., pp. 1101-1102.

[61] Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, do mencionado diploma, "[e]sta lei aplicar-se-á às arbitragens com sede em território espanhol, sejam de carácter interno ou internacional [...]"; o n.º 4 do mesmo artigo exclui expressamente "do âmbito de aplicação desta lei as arbitragens laborais".

[62] Cfr. JOAQUÍN TORNOS MAS, *El arbitraje de derecho administrativo en el derecho español. Principales problemas e últimas novedades*, cit., p. 199, nota 9.

[63] *Informe al Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General Del Estado*, disponível em http://www.poderjudicial.es (consultado em 5.10.2013).

administrações públicas, admite, em termos similares, a possibilidade de submissão a arbitragem de litígios que se suscitem sobre bens ou direitos do Património do Estado, desde que mediante *Real Decreto* do Conselho de Ministros, por proposta da Fazenda Pública, precedido de parecer do Conselho de Estado.

Cabe, ainda, referir que o artigo 39.º da Lei 30/2007, de 30 de Outubro, a lei sobre contratos no sector público, estabelece que os entes do sector público que não possuam a qualificação de administração pública poderão submeter a arbitragem as controvérsias que se suscitem sobre os efeitos, cumprimento e extinção dos contratos que celebrem. Conforme resulta deste preceito, encontram-se excluídos da respectiva previsão normativa "os contratos em que seja parte a administração pública, portanto, os contratos de direito administrativo" e apenas estão abrangidos pela referida disposição "os litígios que possam surgir na fase de execução do contrato"[64]. De um modo geral, para certa doutrina, pode afirmar-se que, relativamente às citadas disposições constantes da legislação orçamental e da legislação sobre o património das administrações públicas, "não se pode ver nesta regulação uma função habilitante do recurso à arbitragem no Direito administrativo"[65] [66] [67].

2.5. França

Nos termos do artigo 2059.º do *Code Civil*, todas as pessoas podem comprometer-

[64] JOAQUÍN TORNOS MAS, *El arbitraje de derecho administrativo en el derecho español. Principales problemas e últimas novedades*, cit., p. 198.

[65] MARTA GARCÍA PÉREZ, *Arbitraje de Derecho Administrativo en España*, cit., pp. 328, nota 32.

[66] Segundo JUAN ROSA MORENO, *El Arbitraje en el Derecho Administrativo Español*, cit., pp. 172-173, referindo-se ao artigo 31.º da lei sobre o património das administrações públicas, "as matérias objecto de arbitragem devem ser consideradas na óptica do critério da livre disposição do objecto, princípio que é básico para a operatividade destas técnicas", advertindo o autor para que "o princípio da liberdade contratual, que também vigora no âmbito dos negócios jurídico-públicos, não deve confundir-se com a livre disposição sobre o objecto que o uso da transação ou da arbitragem requer".

[67] Cumpre, ainda, fazer referência à Lei 30/1992, de 26 de Novembro, que aprova o regime jurídico das administrações públicas e do procedimento administrativo comum, cujo artigo 107.2, "introduziu a possibilidade de substituir o recurso administrativo por outros procedimentos de impugnação, reclamação, conciliação e arbitragem, perante órgãos colegiais ou comissões específicas não submetidos a instruções hierárquicas. [...] Como já foi apontado pela doutrina em numerosas ocasiões, o citado preceito [...] não faz referência à arbitragem como tal, isto é, como mecanismo alternativo de resolução de litígios positivamente reconhecido e delineado pelo nosso ordenamento", uma vez que "a arbitragem não opera, simplesmente, como substituto do recurso administrativo, mas, também e sobretudo, como um equivalente jurisdicional" (JUAN ROSA MORENO, *El Arbitraje en el Derecho Administrativo Español*, cit., pp. 174-178).

se em árbitros quanto aos direitos de possam dispor livremente. No tocante às pessoas colectivas públicas, no entanto, o artigo 2060.º do mesmo diploma enuncia uma proibição geral de recurso à arbitragem, da qual apenas os *établissements publics à caractère industriel et comercial* poderão ser excluídos. Vigora, assim, no ordenamento jurídico francês um princípio geral de inarbitrabilidade de litígios com entes públicos, o qual foi, inclusivamente, no domínio do contencioso administrativo, erigido em princípio geral do direito público francês pela jurisprudência do *Conseil d'État*.

Importa, todavia, referir que a interdição do recurso à arbitragem para a resolução de litígios de direito administrativo não tem natureza constitucional, razão pela qual se admite que o legislador ordinário não está vinculado a respeitá-lo[68] [69]. Em boa verdade, uma tal interdição comporta já diversas excepções, as quais se encontram dispersas por diferentes disposições normativas, a maioria das quais elencadas no artigo L311-6 do *Code de Justice Administrative*, destacando-se, nomeadamente, as seguintes:

- O artigo 128.º do *Code des Marchés Publics*, que, em conformidade com o artigo 69.º da Lei de 17 de Abril de 1906, permite o recurso à arbitragem, por parte do Estado e outros entes públicos, no domínio dos contratos públicos, para a liquidação de montantes devidos a título de despesas com empreitadas de obras públicas ou fornecimentos;
- O artigo L321-4 do *Code de la Recherche*, segundo o qual os estabelecimentos públicos com carácter científico e tecnológico poderão ser autorizados a recorrer a arbitragem em caso de litígio respeitante à execução de contratos de investigação celebrados com organismos estrangeiros;
- O artigo 9.º da Lei n.º 86-972, de 19 de Agosto de 1986, nos termos do qual o

[68] Cfr. relatório sobre o recurso à arbitragem pelas pessoas colectivas de direito público para a resolução dos seus litígios, com excepção dos relativos ao contencioso dos actos administrativos, datado de 13 de Março de 2007, produzido por um grupo de trabalho presidido por M. DANIEL LABETOULLE, Vice-Presidente do *Conseil d'État*, disponível em http://www.ladocumentationfrancaise.fr, p. 3 (consultado em 5.10.2013).

[69] Sobre a arbitragem administrativa no ordenamento jurídico francês, cfr., entre outros, M. JEAN-MARC SAUVÉ, *L'arbitrage et les personnes morales de droit public*, intervenção proferida em 30 de Setembro de 2009, por ocasião de um colóquio organizado pela *Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public*, disponível em http://www.conseil-etat.fr (consultado em 5.10.2013); OLIVIER GOHIN, *Contentieux administratif*, 6e édition, Litec, 2009, pp. 9-14; THOMAS CLAY, "Arbitrage pour les personnes morales de droit public: le grand bazar!", *Petites Affiches*, n.° 60, 2008, pp. 3 e ss.; SOPHIE LEMAIRE, *Les Contrats Internationaux de l'Administration*, LGDJ, 2005, pp. 320-358; RENÉ CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 11e édition, Montcherstien, 2004, pp. 57, 254-261; CHARLES DEBBASCH / JEAN-CLAUDE RICCI, *Contentieux administratif*, 7e édition, Dalloz, 2001, pp. 15-18, 173-177; YVES GAUDEMET, "L'Arbitrage: Aspects de Droit Public. État de la Question.", Revue de L'Arbitrage – Bulletin du Comité Français de l'Arbitrage, n.º 2, 1992, pp. 241-255; e DOMINIQUE FOUSSARD, "L'Arbitrage en Droit Administratif", *Revue de L'Arbitrage – Bulletin du Comité Français de l'Arbitrage*, n.º 1, 1990, pp. 3-54.

Estado, as colectividades locais e os estabelecimentos públicos estão autorizados a incluir cláusulas compromissórias em certos contratos que celebrem com sociedades estrangeiras[70];

- O artigo 11.º, alínea l), da *Ordonnance* n.° 2004-559, de 17 de Junho de 2004, que alude à possibilidade de resolução por via arbitral de litígios suscitados no âmbito dos chamados *contrats de partenariat*, mediante os quais se estabelecem parcerias público-privadas.

2.6. Itália

É conhecida a relevância da distinção, no ordenamento jurídico italiano, entre direitos subjectivos e interesses legítimos, para o efeito, designadamente, da determinação da jurisdição competente para a resolução dos litígios envolvendo os particulares e a Administração[71]. Por regra, os tribunais administrativos são competentes para a resolução dos litígios em que estejam em causa interesses legítimos. Quanto aos litígios respeitantes a actos ou omissões do poder administrativo em que estejam em causa direitos subjectivos dos particulares, a competência para deles conhecer apenas pertencerá aos tribunais administrativos nas matérias especialmente previstas na lei, cabendo aos tribunais comuns a apreciação dos litígios que se não encontrem especialmente cometidos aos tribunais administrativos[72].

No que concerne especificamente à admissibilidade da arbitragem de litígios compreendidos no âmbito da jurisdição administrativa, o artigo 12.º do *Codice del Processo Amministrativo* estabelece que podem ser resolvidos por arbitragem os litígios respeitantes a direitos subjectivos que se integrem no âmbito da jurisdição dos tribunais

[70] Estão em causa litígios sobre a execução ou a interpretação de contratos celebrados "para a realização de operações de interesse nacional". Cfr., sobre as razões que estiveram na origem deste preceito, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, cit., pp. 36-39, em particular a nota 109.

[71] Sobre a distinção entre *diritti soggettivi* e *interessi legittimi* para o efeito da repartição de competência entre a jurisdição administrativa e a jurisdição comum, cfr., por exemplo, ROBERTO CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, 2011; ROBERTO GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel Codice del Processo Amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, 2010; ROMANO-TASSONE, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, 2010; e FRANCESCO CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione,* 2008; todos disponíveis em http://www.giustizia-amministrativa.it (consultado em 5.10.2013).

[72] Cfr. artigo 7.º do *Codice del Processo Amministrativo* e, ainda, artigo 103.º da *Costituzione della Repubblica Italiana*.

administrativos. Conforme resulta deste preceito, nem todos os litígios da competência dos tribunais administrativos poderão ser resolvidos com recurso a arbitragem: apenas se admite a possibilidade de arbitragem quanto aos litígios da competência dos tribunais administrativos que respeitem a direitos subjectivos dos particulares. Convoca-se, assim, a tradicional distinção entre direitos subjectivos e interesses legítimos, para o efeito de limitar o âmbito da arbitragem, no domínio do contencioso administrativo, aos casos em que estejam em causa direitos subjectivos, excluindo-se de um tal âmbito os litígios relativos a interesses legítimos dos particulares[73].

Por outro lado, cumpre, ainda, fazer referência ao artigo 241.º, n.º 1, do *Codice dei Contratti Pubblici*, nos termos do qual poderão ser resolvidos por arbitragem os litígios respeitantes a direitos subjectivos que se suscitem no âmbito da execução de certos tipos de contratos públicos.

2.7. Moçambique

A admissibilidade do recurso à arbitragem voluntária para resolução de litígios, no ordenamento jurídico moçambicano, encontra-se, genericamente, regulada pela Lei n.º 11/99, de 8 de Julho, a lei moçambicana de arbitragem, conciliação e mediação. Com relevância para a questão, destaca-se o princípio geral contido no artigo 5.º, n.º 1, do referido diploma, no qual se estabelece que pode ser submetida a tribunal arbitral a resolução de litígios de qualquer natureza, excluindo-se os que, por lei especial, estejam exclusivamente submetidos a tribunal estadual ou a regime especial de arbitragem, bem

[73] Sobre a arbitragem de litígios jurídico-administrativos no ordenamento jurídico italiano, cfr., por exemplo, ROBERTO GAROFOLI / GIULIA FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Quarta Edizione, Nel Diritto Editore, 2010, pp. 1792-1794; JACOPO POLINARI, *Profili sistematici dell'arbitrato nel diritto amministrativo*, 2009, disponível em http://eprints.luiss.it/652/1/polinari-20090701.pdf (consultado em 5.10.2013); STEFANO SALVATORE SCOCA, "L'Arbitrato nei Contratti Pubblici e L'Insondabile Saggezza del Legislatore", *Diritto processuale amministrativo - Rivista trimestrale*, n.º 4, 2009, pp. 1160-1211; MARCO ANTONIOLI, "Arbitrato e Giurisdizione Esclusiva: Problemi e Prospettive", *Diritto processuale amministrativo - Rivista trimestrale*, n.º 3, 2007, pp. 685-720; NICOLA DURANTE, *La Domanda di Arbitrato*, 2007, disponível em http://www.giustizia-amministrativa.it (consultado em 5.10.2013); CLAUDIO MIGNONE, "Il Risarcimento del Danno Mediante Arbitrato Alternativo alla Giurisdizione Amministrativa", *Rivista trimestrale – Diritto processuale amministrativo*, n.º 4, 2006, pp. 937-953; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, cit., p. 116; LORENZO STEVANATO, "Arbitrato e Deroga al Giudizio Amministrativo", *Diritto processuale amministrativo - Rivista trimestrale*, n.º 1, 2004, pp. 122-142; MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *Il Diritto dell'Arbitrato*, Terza edizione, CEDAM, 2002, pp. 175-204; CHIARA GIOVANNUCCI ORLANDI, "L'arbitrage en matiére de travaux publics en Italie", *Revue de L'Arbitrage*, n.º 3, 2001, pp. 485-494; SALVATORE VENEZIANO, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, 2001, disponível em http://www.giustizia-amministrativa.it (consultado em 5.10.2013); e SABINO CASSESE, "L'Arbitrato nel Diritto Amministrativo", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, Anno XLVI, 1996, pp. 311-327.

como dos que "respeitem a direitos indisponíveis ou não transaccionáveis" (cfr. artigo 5.º, n.º 2, do mesmo diploma).

No atinente especificamente aos litígios com entes públicos, o artigo 6.º, n.º 1, da lei moçambicana de arbitragem voluntária estabelece que o Estado e as outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se estas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado ou de natureza contratual e ainda se para tanto forem autorizados por lei especial. Acresce que a Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho, a lei moçambicana do contencioso administrativo, autoriza, no seu artigo 180.º, a constituição de tribunal arbitral para o julgamento das seguintes categorias de litígios, cuja resolução caberia, no plano dos tribunais estaduais, aos tribunais administrativos: a) contratos administrativos; b) responsabilidade civil contratual ou extracontratual da Administração Pública ou dos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública; e c) contencioso dos actos de conteúdo predominantemente económico. O âmbito de arbitrabilidade em matéria administrativa assim delimitado por este preceito é reiterado pelo artigo 3.º, n.º 6, da Lei n.º 25/2009, de 28 de Setembro, a lei orgânica dos tribunais administrativos[74].

Regista-se, ainda, a existência de disposições normativas dispersas que admitem a arbitragem em certos domínios de direito público, designadamente o artigo 27.º da Lei n.º 3/2001, de 21 de Fevereiro, a lei sobre o petróleo, nos termos do qual se permite o recurso à arbitragem para dirimir "disputas relativas à interpretação e aplicação da presente Lei, do Regulamento de Operações Petrolíferas e dos termos e condições dos contratos" de concessão para a prospecção, exploração, desenvolvimento e produção de petróleo.

2.8. Reino Unido

O *Arbitration Act* de 1996, a lei de arbitragem vigente em Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda do Norte, não estabelece quais as matérias susceptíveis de ser submetidas a arbitragem, sendo a matéria de arbitrabilidade essencialmente regulada pelo *Common Law*[75]. Cumpre, no entanto referir que o artigo 106.º do *Arbitration Act* de 1996 admite a celebração de convenções de arbitragem pela Coroa e pelos entes públicos

[74] Nos termos deste preceito, "[p]odem constituir-se tribunais arbitrais em relação aos contratos administrativos, à responsabilidade civil contratual ou extracontratual e ao contencioso dos actos de conteúdo predominantemente económico".

[75] Cfr. artigo 81.º, n.º 1, alínea a), do *Arbitration Act* de 1996.

autónomos[76]. Poderá, a título de exemplo, referir-se que a arbitragem é um dos meios de resolução de litígios cuja adopção nos contratos que estabelecem parcerias público-privadas é recomendada pelas autoridades britânicas, conforme resulta do documento com orientações de âmbito contratual denominado *Standardisation of PFI Contracts*, publicado pelo *H.M. Treasury*[77].

A lei de arbitragem vigente na Escócia, o *Arbitration Act* de 2010, não contém qualquer disposição sobre as matérias susceptíveis de ser submetidas a arbitragem, estabelecendo, apenas, que nenhuma norma contida neste acto legislativo deverá ser interpretada como modificando o regime de arbitrabilidade decorrente do direito escocês[78]. Deve, contudo, referir-se que também o *Arbitration Act* de 2010 admite, no seu artigo 34.º, a celebração de convenções de arbitragem pela Coroa e pelos entes públicos autónomos.

3. A arbitragem administrativa no direito da União Europeia

O direito da União Europeia, quer originário, quer derivado, não contém qualquer disposição reguladora da arbitragem no domínio das relações jurídicas administrativas, não havendo, por conseguinte, normas de direito da União Europeia que versem, directamente, sobre o recurso à arbitragem para resolução de litígios envolvendo actos administrativos praticados pelas administrações públicas dos Estados-Membros. Tal não significa, porém, que o direito da União Europeia não condicione a regulação da arbitragem nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros.

Para o que releva no âmbito do presente estudo, importa verificar que o direito da União Europeia impõe que os ordenamentos jurídicos nacionais assegurem a possibilidade de acesso à justiça para tutela dos direitos conferidos por disposições comunitárias[79]. Do princípio da autonomia processual, tal como vem sendo desenvolvido pelo labor jurisprudencial do TJ, decorre, no entanto, que é aos Estados-Membros que cabe determinar os órgãos jurisdicionais competentes e as regras de processo aplicáveis; ponto

[76] Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, cit., p. 117.

[77] Cfr. H.M. TREASURY, *Standardisation of PFI Contracts*, Março 2007, pp. 233-235, disponível em http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_standardised_contracts.htm (consultado em 5.10.2013).

[78] Cfr. artigo 30.º do *Arbitration Act* de 2010.

[79] Cfr. acórdão do TJ de 16 de Dezembro de 1976, proferido no processo C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG contra Landwirtschaftskammer für das Saarland*, *Col.*, 1976, p. 1989.

é que seja assegurada a existência de meios processuais, de que qualquer interessado possa lançar mão, destinados a garantir a efectividade do direito da União Europeia[80].

A autonomia processual conferida aos Estados-Membros acha-se, portanto, limitada, essencialmente, pelos princípios da equivalência e da efectividade. De acordo com estes princípios, as modalidades processuais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico da União Europeia "não podem ser menos favoráveis do que as respeitantes a acções judiciais similares de natureza interna [princípio da equivalência], nem tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária [princípio da efectividade]"[81].

É assim que, limitado pelos princípios da equivalência e da efectividade, o legislador nacional beneficia de uma significativa margem de liberdade na conformação dos meios de acesso à justiça para tutela do direito da União Europeia, incluindo a designação dos órgãos jurisdicionais competentes. Neste contexto, cabe referir que nem sempre os tribunais arbitrais são qualificados como órgãos jurisdicionais nacionais, à luz do direito da União, o que tem vindo a ser analisado pela jurisprudência do TJ a propósito da questão de saber se estes tribunais podem utilizar o mecanismo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º do TFUE.

Nos termos do artigo 267.º do TFUE, o TJ "é competente para decidir, a título prejudicial: a) [s]obre a interpretação dos Tratados; b) [s]obre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União". Para tanto, "[s]empre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie" (artigo 267.º, primeiro parágrafo), constituindo um tal pedido verdadeira obrigação do tribunal nacional "[s]empre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno" (artigo 267.º, segundo parágrafo).

---

[80] O princípio da autonomia processual e seus corolários têm vindo a ser sucessivamente reiterados e aplicados pelo TJ; cfr., a título de exemplo, acórdão de 13 de Março de 2007, proferido no processo C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd contra Justitiekanslern*, *Col.*, 2007, p. I-02271.

[81] Acórdão do TJ de 14 de Dezembro de 1995, proferido no processo C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contra Estado Belga*, *Col.*, 1995, p. I-04599, n.º 12.

A possibilidade de um tribunal arbitral colocar questões prejudiciais ao TJ está, assim, dependente da sua qualificação como *órgão jurisdicional nacional*. A nosso ver, a qualificação dos tribunais arbitrais como órgãos de natureza jurisdicional, à luz do direito português, não oferece dúvidas. Todavia, a noção de órgão jurisdicional nacional a ter em conta, para estes efeitos, é a que releva exclusivamente do direito da União Europeia, que poderá não ser coincidente com a noção relevante no plano dos Estados-Membros. Por esta razão, para aferir da possibilidade de um tribunal arbitral colocar questões prejudiciais ao TJ, haverá que atender ao modo como tem sido densificada a noção de órgão jurisdicional nacional no plano do ordenamento jurídico da União Europeia, designadamente para efeitos da aplicação do artigo 267.º do TFUE, com destaque para o modo como a questão tem sido tratada pela jurisprudência do TJ.

A noção de órgão jurisdicional na acepção do artigo 267.º do TFUE, segundo a jurisprudência do TJ, depende da verificação de certos requisitos. Nas palavras do Tribunal, "[a] este respeito, há que recordar que, segundo jurisprudência assente, para apreciar se o órgão de reenvio possui a natureza de 'órgão jurisdicional' na acepção do artigo 234.° CE [correspondente ao artigo 267.º do TFUE], questão que releva unicamente do direito comunitário, o Tribunal de Justiça deve ter em conta um conjunto de elementos, como a base legal do órgão, o seu carácter permanente, o carácter obrigatório da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação de normas de direito pelo órgão, bem como a sua independência"[82]. É, pois, à luz destes critérios, enunciados pela jurisprudência do TJ, que se joga a qualificação dos tribunais arbitrais como órgãos jurisdicionais nacionais.

Os critérios com base nos quais o TJ aprecia se o órgão de reenvio possui a natureza de órgão jurisdicional nacional nem sempre permitem chegar à qualificação de um tribunal arbitral como órgão jurisdicional nacional, o que, não raras vezes, tem levado o TJ a negar aos tribunais arbitrais uma tal qualificação e, consequentemente, a recusar a

[82] Despacho do TJ (Primeira Secção) de 14 de Maio de 2008, proferido no processo C-109/07, *Jonathan Pilato contra Jean-Claude Bourgault*, *Col.*, 2008, p. I-03503, n.º 22. Cfr., designadamente, acórdão do TJ de 14 de Junho de 2007, proferido no processo C-246/05, *Armin Häupl contra Lidl Stiftung & Co. KG.*, *Col.*, 2007, p. I-4673, n.° 16; acórdão do TJ de 31 de Maio de 2005, proferido no processo C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e Outros contra GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEVE.*, *Col.*, 2005, p. I-4609, n.° 29; acórdão do TJ de 30 de Maio de 2002, proferido no processo C-516/99, *Walter Schmid*, *Col.*, 2002, p. I-4573, n.° 34; e acórdão do TJ de 17 de Setembro de 1997, proferido no processo C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH contra Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, *Col.*, 1997, p. I-4961, n.º 23.

apreciação de questões prejudiciais colocadas por estes tribunais[83]. Assim, por exemplo, em acórdão proferido em 27 de Janeiro de 2005, o TJ declarou-se incompetente para responder a questões prejudiciais colocadas por um tribunal arbitral, invocando que "[s]egundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, um tribunal arbitral voluntário não constitui um órgão jurisdicional de um Estado-Membro na acepção do artigo 234.° CE, uma vez que não há qualquer obrigação, nem de direito nem de facto, de as partes contratantes confiarem os seus diferendos à arbitragem […]"[84]. Noutro caso, o TJUE considerou que o vínculo entre um tribunal arbitral e um Estado-Membro não era suficientemente forte para permitir que o tribunal arbitral fosse considerado um tribunal do Estado-Membro, na acepção do artigo 267.º do TFUE[85].

Como assinala JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, "o tribunal arbitral apenas poderá ser qualificado como tal se der cumprimento aos mencionados requisitos, o que, de resto, já foi aceite pelo TJ, cenário que mais facilmente se alcançará no quadro da arbitragem institucionalizada em razão das características da mesma"[86]. Assim, por exemplo, em acórdão proferido em 17 de Outubro de 1989, o TJ considerou que, "[c]abe então ao tribunal arbitral profissional dirimir o litígio em última instância. A intervenção do Tribunal pode ser solicitada por uma das partes, pouco importando que a outra a tal se oponha. Em consequência, a competência do Tribunal não está dependente do acordo das partes", acrescentando que "[a] composição do tribunal arbitral não é, assim, confiada à livre decisão das partes", pelo que "[n]estas condições, o tribunal arbitral profissional deve ser considerado órgão jurisdicional de um Estado-membro, na acepção do artigo 177.° [actual artigo 267.º] do Tratado"[87].

De quanto fica dito resulta que nem sempre os tribunais arbitrais serão reconhecidos como órgãos jurisdicionais nacionais, à luz do direito da União Europeia, mesmo que sejam qualificados como tais pelos ordenamentos jurídicos dos Estados-

---

[83] Cfr. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., p. 167.

[84] Acórdão do TJ de 27 de Janeiro de 2005, proferido no processo C-125/04, *Guy Denuit e Betty Cordenier contra Transorient - Mosaïque Voyages e Culture SA.*, *Col.*, 2005, p. I-00923, n.º 13. Cfr., designadamente, acórdão de 1 de Junho de 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV*, *Col.*, 1999, p. I-3055, n.° 34.

[85] Acórdão do TJ de 23 de Março de 1982, proferido no processo C-102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH contra Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG.*, Col., 1982, p. 1095, n. º 13.

[86] JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., p. 168.

[87] Acórdão do TJ de 17 de Outubro de 1989, proferido no âmbito do processo C-109/88, *Handels – og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening, agindo por conta de Danfoss*, *Col.*, 1989, p. 3199, n.ºs 7-9.

Membros, pelo que nem sempre os tribunais arbitrais serão admitidos a colocar questões prejudiciais ao TJ. Apenas nos casos em que sejam qualificados como órgãos jurisdicionais nacionais, segundo os critérios elaborados pela jurisprudência do TJ, poderão os tribunais arbitrais utilizar o mecanismo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º do TFUE[88].

A nosso ver, a circunstância de nem sempre os tribunais arbitrais serem reconhecidos como órgãos jurisdicionais nacionais, à luz do direito da União Europeia, não constitui, por si só, uma restrição à arbitrabilidade de litígios que reclamem a aplicação do direito da União. Já será, porém, de questionar se uma tal circunstância poderá relevar noutros domínios da regulação da arbitragem, designadamente a eventual necessidade de assegurar a recorribilidade da decisão arbitral sobre litígios que envolvam a aplicação do direito da União Europeia para um tribunal, estadual ou arbitral, que seja qualificado como órgão jurisdicional nacional, à luz do direito da União[89].

Como quer que seja, certo é que não decorre do direito primário da União Europeia qualquer restrição à arbitrabilidade de litígios incidentes sobre actos administrativos praticados pelas administrações públicas dos Estados-Membros. Importa, ainda, referir que há domínios em que o direito derivado regula, com maior ou menor densidade, a matéria respeitante aos meios de que os particulares podem lançar mão para tutela das suas pretensões fundadas em disposições de direito da União Europeia.

Ora, no atinente à possibilidade de o legislador nacional estabelecer a arbitrabilidade de litígios que reclamem a aplicação do direito da União Europeia, a despeito de não existir regra ou princípio de alcance geral que o impeça, deve ser cuidadosamente aferida a compatibilidade de uma tal solução com tais regimes de direito derivado. Pense-se, por exemplo, nos litígios respeitantes a actos procedimentais de

---

[88] Sobre o tema, cfr., ainda, FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 604-608; FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, "Os tribunais arbitrais tributários e o reenvio prejudicial", *Newsletter CAAD – Arbitragem Administrativa e Fiscal*, n.º 1, 2013, pp. 35-36, disponível em http://www.caad.org.pt (consultado em 5.10.2013); ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 548-552; PAULO OTERO, "Arbitragem interna de litígios de Direito público: a publicização da arbitragem interna de Direito privado", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2012, p. 188-191; JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, pp. 577-579; e FAUSTO DE QUADROS / ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 82-87.

[89] Voltaremos ao tema na Parte II do presente estudo, exclusivamente na perspectiva do regime contido nas Directivas Recursos, a propósito da arbitrabilidade dos actos procedimentais de formação dos contratos públicos.

formação dos contratos públicos, para o controlo dos quais existe um extenso regime harmonizado por meio de directivas. Por razões de ordem metodológica, remetemos para a Parte II deste estudo a análise da compatibilidade da via arbitral com o direito derivado, caso o problema venha a suscitar-se em face do concreto recorte de arbitrabilidade fixado no ordenamento jurídico português.

4. A arbitragem administrativa na Constituição da República Portuguesa

4.1. A natureza da actividade desempenhada pelos árbitros na composição de litígios

Assinalámos que a arbitragem constitui uma *técnica de composição jurisdicional de litígios*[90] [91], em que a resolução de certo litígio é deferida a um ou mais particulares distintos de qualquer das partes (os árbitros), que não actuam, portanto, como titulares de um órgão estadual, sendo *voluntária*, quando se funda em convenção das partes. De certo modo, a definição de arbitragem que adoptámos antecipa, em parte, a conclusão de que os árbitros desempenham uma função de natureza jurisdicional. Segundo cremos, uma tal conclusão decorre, primacialmente, do estatuto constitucional dos tribunais arbitrais.

Até 1982, a CRP não continha nenhuma referência expressa à arbitragem. Toda a

[90] A doutrina vem discutindo, desde há várias décadas, a *natureza jurídica da arbitragem voluntária*, podendo distinguir-se, fundamentalmente, três teorias: a *teoria contratual*, nos termos da qual "a decisão arbitral é um contrato celebrado ou completado pelos árbitros como mandatários das partes" (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, cit., p. 183); a *teoria jurisdicional*, segundo a qual os árbitros "exercem uma função jurisdicional, razão por que a lei lhes concede o poder de praticar actos de soberania" (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, cit., p. 184); e a *teoria mista*, que "só se distingue da teoria jurisdicional na medida em que exclua a assimilação entre tribunal arbitral e tribunal judicial", postulando que "a arbitragem é um processo jurisdicional com fundamento contratual" (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, cit., p. 185). Para uma análise das principais posições sobre a matéria, cfr., por exemplo, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, cit., pp. 181-195. Para CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "A convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos", *in* ANTÓNIO VIEIRA DA SILVA (Org.), *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 83, "[n]ão faz [...] sentido qualquer oposição entre teses contratualistas, jurisdicionais e mistas acerca da natureza jurídica da convenção arbitral. Não há, em direito, qualificações absolutas. A qualificação resulta sempre da consideração de um instituto sob um certo ponto de vista. A natureza contratual configura a fonte dos poderes jurisdicionais. A natureza jurisdicional configura o conteúdo dos poderes atribuídos pelo contrato". Cfr., ainda, MARCELO REBELO DE SOUSA, *As indemnizações por nacionalizações e as comissões arbitrais em Portugal*, cit., pp. 388-390.

[91] Recorde-se, uma vez mais, que a análise a que se procede no texto tem em vista, unicamente, a arbitragem interna, perante o direito constitucional português, não cuidando, nesta sede, de analisar a natureza da actividade desempenhada pelos árbitros noutros ordenamentos jurídicos, ou no quadro da arbitragem que apresente contactos juridicamente relevantes com outros sistemas jurídicos, que não se insere no objecto do nosso estudo.

regulação da arbitragem estava a cargo de legislação infraconstitucional, mormente do CPC de 1961. Se bem que da inexistência de referência expressa à arbitragem no texto constitucional não decorresse qualquer consequência no plano da sua admissibilidade[92], sobretudo ao nível do direito privado, certo é que não se extraía da CRP nenhum contributo quanto ao enquadramento da actividade desempenhada pelos árbitros.

O silêncio constitucional em matéria de arbitragem viria a ser quebrado com a revisão constitucional de 1982: no artigo 212.º, n.º 2, em matéria de organização dos tribunais, a CRP passou a prever expressamente a possibilidade de existência de tribunais arbitrais. Na sua versão actual[93], sob a epígrafe "Categorias de tribunais", a CRP estabelece, no artigo 209.º, que, a par do Tribunal Constitucional, dos tribunais judiciais, dos tribunais administrativos e fiscais e do Tribunal de Contas, "podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz".

Dos termos em que se acha consagrada a referência constitucional aos tribunais arbitrais, no artigo 209.º, n.º 2, pode, desde logo, concluir-se que a existência de tribunais arbitrais é facultativa, cabendo ao legislador ordinário concretizar a permissão concedida pela lei constitucional. Por outro lado, não pode ignorar-se a circunstância de que, perante a inexistência de qualquer referência expressa à arbitragem no texto constitucional, o legislador constituinte optou por introduzir uma tal referência, em 1982, justamente, a propósito da organização do poder político, no elenco das categorias de tribunais. A configuração constitucional dos tribunais arbitrais como constituindo uma *categoria de tribunais*, ao lado, designadamente, dos tribunais judiciais e dos tribunais administrativos e fiscais, constitui, segundo cremos, um importante contributo para o enquadramento da

[92] Neste sentido, cfr. acórdão do TC n.º 32/87, de 28 de Janeiro de 1987, no qual se declarou que "[d]o silêncio constitucional [sobre a arbitragem], porém, não era legítimo concluir pela sua inconstitucionalidade. Com efeito, o que sucedia era que nessa disposição da lei fundamental [anterior artigo 212.º, actual 209.º] apenas se contemplavam os tribunais que eram «órgãos do Estado» (que se integravam na organização deste), mas sem com isso se pretender excluir outras formas de «realização» ou «administração da justiça», tradicionalmente reconhecidas no nosso direito. De resto, assim mesmo acontecia no domínio de Constituição anteriores (cfr. artigo 56.º da Constituição de 1911, e sobretudo artigo 116.º da Constituição de 1933, onde a referencia já não é ao «Poder Judicial», mas à «Função Judicial» e genericamente aos «Tribunais»), sem que alguma vez se tivesse posto em dúvida a legitimidade dessas outras modalidades de jurisdição, ou seja, dos tribunais arbitrais, quer «voluntários», quer «necessários», e das normas, nomeadamente do Código de Processo Civil, que os contemplavam. A verdade, numa palavra, é que ao nosso direito era estranho – e continua a ser estranho, ao contrário do que pretende a recorrente – o princípio «monopólio estadual da função jurisdicional», ou da exclusividade da «justiça pública»; e, assim sendo, não pode admitir-se que a Constituição, com o seu só silêncio que apenas prolongava silêncios constitucionais anteriores, o tivesse querido consagrar (a esse tal princípio), invertendo radicalmente todo o sentido da tradição jurídica nacional".

[93] O preceito em causa foi renumerado duas vezes, no âmbito das revisões constitucionais de 1989 e 1997.

actividade desempenhada pelos árbitros.

Como bem notou o TC, "[p]ermitindo a Constituição a existência de tribunais arbitrais voluntários para a resolução de litígios, admite também, necessariamente, que às respectivas decisões não impugnadas tempestivamente seja conferida força de caso julgado, sem ulterior possibilidade de reapreciação da questão por outro tribunal"[94]. Dito de outro modo, ao integrar os tribunais arbitrais no elenco das categorias de tribunais do ordenamento jurídico português, a CRP admite que aqueles órgãos possuam autoridade para dirimir litígios, em termos obrigatórios para os interessados e com força de caso julgado, exercendo, portanto, verdadeiros poderes jurisdicionais. Ignorar que a referência constitucional aos tribunais arbitrais como uma categoria de tribunais tem o alcance de reconhecer que os mesmos exercem poderes jurisdicionais no âmbito dos litígios que lhes são submetidos significa, em boa verdade, ignorar, no seu todo, aquela referência constitucional, pois que esta é a primeira e mais relevante de todas as consequências da consagração constitucional dos tribunais arbitrais como uma categoria de tribunais.

Esta conclusão evidencia que, para a CRP, a arbitragem é um *modo de composição jurisdicional de litígios*[95], razão pela qual as decisões dos árbitros, à semelhança das decisões tomadas pelos restantes tribunais, têm a força de caso julgado, sendo "obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e [prevalecendo] sobre as de quaisquer outras autoridades"[96]. Neste particular, a actividade dos tribunais arbitrais não se distingue da dos restantes tribunais: asseguram o desempenho da função jurisdicional,

---

[94] Acórdão do TC n.º 250/96, de 29 de Fevereiro de 1996. Cfr., também, acórdão do TC n.º 52/92, de 5 de Novembro de 1992.

[95] Em sentido convergente, cfr., entre tantos, FAUSTO DE QUADROS, "Arbitragem «necessária», «obrigatória», «forçada»: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos", *in* JORGE MIRANDA / GOMES CANOTILHO / JOSÉ DE SOUSA E BRITO / MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO / MARGARIDA LIMA REGO / PEDRO MÚRIAS (Orgs.), *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 258; IDEM, "A Arbitragem em Direito Administrativo", *in* NUNO DE VILLA-LOBOS / MÓNICA BRITO VIEIRA, *Mais Justiça Administrativa e Fiscal - Arbitragem*, cit., pp. 104-107; PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2010, p. 420; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Arbitragem e contratos públicos*, cit., p. 953; JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, cit., pp. 17-18, 34, 115-120; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos – Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Almedina, 2007, pp. 136-137; PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos (O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas)*, cit., pp. 564-569; SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, cit., p. 685; e JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., pp. 159-171. Em sentido contrário, cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2005, p. 1176, para quem "a CRP abre a porta à composição não jurisdicional de conflitos, dando a entender que pode haver instâncias não jurisdicionais com essa função: os *tribunais arbitrais*".

[96] Artigo 205.º, n.º 2, da CRP.

enquanto "*actividade jurídica desenvolvida pelos tribunais que, sob o impulso ou iniciativa externa, se consubstancia na resolução definitiva de uma questão controvertida de Direito e que, tendo sempre em vista a prossecução da justiça, visa alcançar a paz jurídica*"[97].

Com efeito, para a CRP, não há um "princípio de «monopólio estadual da função jurisdicional» ou da exclusividade da «justiça pública»"[98]. Pelo contrário, a CRP prevê expressamente a possibilidade de, a par dos tribunais do Estado, existirem tribunais constituídos por particulares que, bem assim, desempenham a função jurisdicional. "[S]e a natureza convencional da competência do tribunal arbitral constitui uma fonte do poder dos tribunais arbitrais distinta daquela que legitima o poder dos tribunais judiciais […], nem por isso deixam os tribunais arbitrais de exercer também *poder jurisdicional*, no quadro do artigo 209.º, n.º 2, da CRP"[99]. Em acórdão proferido em 1986, o TC adoptou idêntica posição, declarando que "[o] tribunal arbitral voluntário exerce, pois, a função jurisdicional, constitui afinal um caso de exercício privado da função jurisdicional"[100]. Nas palavras do TC, "o tribunal arbitral voluntário, mesmo em doutrina pura, é tido e considerado como real e verdadeiro tribunal. É um tribunal que cabe na definição genericamente 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 em decisão com força obrigatória para os interessados» [...]. Mais, o tribunal arbitral voluntário é um órgão que, embora formado caso a caso, se constitui precisamente para exercer a função jurisdicional, para em suma praticar os actos jurisdicionais para que tiver sido solicitado dentro dos quadros da convenção de arbitragem"[101].

A inserção sistemática da permissão da existência de tribunais arbitrais no preceito dedicado às categorias de tribunais, no âmbito da organização dos tribunais, condiciona,

---

[97] PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, cit., p. 411.

[98] JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 326.

[99] SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, cit., p. 685.

[100] Acórdão do TC n.º 230/86, de 8 de Julho de 1986. Cfr., também, acórdão do TC n.º 33/96, de 17 de Janeiro de 1996, no qual se afirma que "as decisões tomadas por árbitros são jurisdicionais".

[101] Vd. acórdão identificado na nota 100.

como não podia deixar de ser, a regulação ordinária do instituto, pois que o legislador ordinário deverá ter em conta, na disciplina jurídica da arbitragem, os princípios constitucionais que regem os tribunais[102]. Segundo cremos, a opção do legislador constituinte de consagrar os tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais serve, também, um propósito garantístico: é que, ao colocar os tribunais arbitrais ao lado dos tribunais estaduais, sujeitando-os aos mesmos princípios e regras constitucionais, o que ainda se pretende é sujeitar a regulação ordinária do instituto às exigências constitucionais em matéria de exercício da função jurisdicional, assim clarificando que a justiça arbitral, embora privada e com fundamento convencional, não é uma *justiça paralela*, alheia a exigências jusfundamentais como, por exemplo, o direito à fundamentação das decisões (artigo 205.º, n.º 1) ou o direito a um processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4)[103] [104].

Em boa verdade, "[a] pluralidade de jurisdições não implica pluralidade de princípios quanto às várias categorias de tribunais. Pelo contrário, existe unidade de princípios constitucionais jurisdicionais quanto às regras vinculantes dos tribunais"[105]. Daí que a opção sistemática do legislador constituinte tem, desde logo, o alcance de submeter a arbitragem a um conjunto de princípios constitucionais aplicáveis à generalidade dos tribunais. Como salientou o TC, "a interpretação sistemática da lei fundamental impõe que os conceitos jurídicos utilizados na Constituição devam ser lidos com a dimensão e alcance que ela própria lhes dá"[106], o que implica que, em princípio, as referências constitucionais aos tribunais devem ser lidas com o alcance que lhes é dado pelo artigo 209.º, salvo se da própria norma a interpretar resultar uma distinção entre categorias de

[102] Neste sentido, cfr., por exemplo, JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 115-120; e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 4.ª edição, cit., p. 326, considerando que os tribunais arbitrais "seguem o regime dos tribunais judiciais, a ponto de se poder sustentar «uma verdadeira assimilação material» entre uns e outros».

[103] Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, "A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional", *in* RUI PINTO DUARTE / JOSÉ LEBRE DE FREITAS / VÍTOR PEREIRA DAS NEVES / MARTA TAVARES DE ALMEIDA / ASSUNÇÃO CRISTAS (Orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 264-272, em particular pp. 269-271.

[104] No acórdão n.º 230/2013, proferido em 24 de Abril de 2013, o TC considerou que "[é] ponto assente que os tribunais arbitrais, enquanto categoria autónoma de tribunais a quem incumbe o exercício da função jurisdicional, estão subordinados ao regime dos tribunais judiciais, nesse sentido apontando diversas regras de composição do tribunal e de designação dos árbitros e as exigências de independência, imparcialidade e irresponsabilidade, a que se aplicam correspondentemente, na parte que não contenda com o exercício meramente eventual do cargo, as garantias e incompatibilidades a que se refere o artigo 216.º da Constituição".

[105] GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* Volume II, 4.ª edição revista, 2010, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, p. 547.

[106] Vd. acórdão identificado em primeiro lugar na nota 100.

tribunais ou se, pela sua própria razão de ser, aquela se mostrar incompatível com o conceito constitucional de tribunal arbitral.

Poderá argumentar-se que o conceito de tribunal arbitral se ajusta mal – ou não se ajusta de todo – à definição de tribunal constante do artigo 202.º, n.º 1, da CRP, segundo a qual "[o]s tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo", o que justificaria que as referências constitucionais aos tribunais fossem interpretadas como dizendo respeito, apenas, aos tribunais estaduais. Consideramos, porém, que a questão deve ser colocada noutros termos.

O TC já se pronunciou directamente sobre esta questão, tendo considerado que "[o] argumento tem [...] pouco valor"[107]. Procurando averiguar se a referência a tribunais constante do artigo 168.º, n.º 1, alínea q), da CRP, na redacção da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro [actual artigo 165.º, n.º 1, alínea p)], incluía ou não os tribunais arbitrais, o TC considerou que "enquanto no figurino de 1976, existia uma perfeita concatenação entre a definição de tribunais do artigo 205.º e a categorização dos tribunais do artigo 212.º (que só compreendia os tribunais estaduais), de acordo com o figurino de 1982 passou a verificar-se um certo desfasamento entre aqueles dois preceitos. Mas não parece legítima a utilização da definição de tribunais constante do artigo 205.º [actual artigo 202.º] como instrumento de interpretação do artigo 168.º, n.º 1, alínea q), da Constituição [actual artigo 165.º, n.º 1, alínea p)]. É que, por um lado, mesmo que os tribunais arbitrais não se enquadrem na definição de tribunais enquanto órgãos de soberania (artigo 205.º), nem por isso podem deixar de ser qualificados como tribunais para outros efeitos constitucionais, visto serem constitucionalmente definidos como tais e estarem constitucionalmente previstos como categoria autónoma de tribunais (haverá, portanto, outros tribunais, para além dos que podem ser qualificados como órgãos de soberania)".

A consideração da existência de um desfasamento entre os artigos 202.º e 209.º da CRP sugere uma leitura restritiva do alcance do artigo 202.º[108], em termos de se poder afirmar que este preceito, ao reservar o desempenho da função jurisdicional para os tribunais que sejam órgãos de soberania, visa clarificar que, no quadro da estrutura orgânica do Estado, só os tribunais podem desempenhar uma tal função, não excluindo,

[107] Vd. acórdão identificado em primeiro lugar na nota 100.

[108] Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 262-263.

por conseguinte, a participação de órgãos não estaduais no desempenho dessa função. Por outras palavras, a existência de um tal desfasamento – que supõe o entendimento de que os tribunais arbitrais a que alude o artigo 209.º não se enquadram na definição de tribunais do artigo 202.º – evidencia que o artigo 202.º não estabelece uma reserva absoluta de jurisdição a favor dos tribunais do Estado, antes tem por alcance estabelecer que, de entre os diversos órgãos de soberania, apenas os tribunais poderão desempenhar a função jurisdicional[109]. Destarte, no quadro deste entendimento, o artigo 202.º da CRP consagra uma reserva de jurisdição que opera somente na repartição da competência para o exercício de poderes soberanos pelos diversos órgãos do Estado, em nada conflituando com a possibilidade de desempenho da função jurisdicional por órgãos não estaduais[110], especialmente pelos tribunais arbitrais, que a própria Constituição expressamente reconhece como tribunais.

Por nossa parte, e independentemente de a fundamentação do TC parecer suficiente para sustentar a unidade constitucional em torno do conceito de *tribunal* emergente do artigo 209.º, isto é, que as referências constitucionais aos tribunais devem, por regra, ser interpretadas com o alcance que lhes confere o artigo 209.º, somente se atendendo ao conceito de tribunal do artigo 202.º quando tal se justificar em face da norma a interpretar, temos, ainda assim, fundadas reservas quanto ao entendimento de que os tribunais arbitrais não se incluem na definição do artigo 202.º. A questão, pela sua complexidade, envolveria uma análise que em muito extravasa o âmbito do presente estudo. Em todo o caso, não pretendendo responder definitivamente à questão, não podemos, ainda assim, deixar de enunciar algumas das principais coordenadas do problema, úteis para a compreensão contextual da arbitragem, aventando que a questão não tem, como por vezes

[109] Neste sentido, escreve PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos (O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas)*, cit., p. 562-563, que "[a] finalidade primeira da norma constitucional inscrita no artigo 202.º/1 consiste, pois, em consagrar uma reserva de jurisdição no âmbito das relações internas entre os vários poderes do Estado [...]. A conclusão segundo a qual o artigo 202.º/1 estabelece uma reserva ou monopólio dos tribunais estaduais apenas quanto ao desempenho da função jurisdicional estadual deixa perceber que o sentido da norma não é o de consagrar o "monopólio estadual da função jurisdicional" ou um sistema de "exclusividade da justiça pública". 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 e, muito particularmente, a jurisdição privada".

[110] A incontestada jurisdição dos tribunais internacionais constitui, justamente, um exemplo de desempenho da função jurisdicional fora da estrutura orgânica do Estado. Como assinalam JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, cit., p. 17, "[s]endo incontroversos já o respectivo reconhecimento e acolhimento constitucionais, já a respectiva natureza jurisdicional, a eles não quadra a noção que, vertida no n.º 1 do artigo 202.º, foi gizada para os tribunais que integram a organização do Estado".

é laconicamente sugerido, resposta evidente, merecendo, ao invés, ser analisada em profundidade.

É verdade que a qualificação dos tribunais arbitrais como *órgãos de soberania* suscita dúvidas, faltando-lhes, desde logo, a densidade de regulação constitucional que o artigo 110.º, n.º 2, da CRP garante a estes órgãos. Os tribunais arbitrais não são órgãos permanentes e a sua formação, composição e funcionamento não é regulada pelo texto constitucional. Não parece, aliás, poder duvidar-se de que o artigo 202.º da CRP tem em vista, primariamente e em todos os seus elementos, os tribunais estaduais, enquanto órgãos do Estado, de carácter permanente, cujos titulares são juízes de carreira, submetidos a um estatuto constitucional prefigurado. Mas significará isto que o preceito não comporta latitude bastante para nele se considerarem compreendidos os tribunais arbitrais?

A função jurisdicional envolve, como já se assinalou, a resolução de uma questão controvertida de direito, por meio de uma decisão susceptível de se tornar definitiva e obrigatória, caso não seja tempestivamente impugnada, tendo por finalidade a paz jurídica decorrente da composição do litígio, isto é, "sem fim outro que não o de prover solução jurídica ao conflito"[111]. Concluímos que, no desempenho da sua actividade, e à face do texto constitucional português, os tribunais arbitrais desempenham a função jurisdicional, actuando funcionalmente orientados para a resolução dos litígios que lhes são submetidos, por meio de decisões susceptíveis de se tornarem definitivas e "obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e [que] prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades"[112]. Ora, o desempenho da função jurisdicional supõe o exercício de poderes jurisdicionais sobre o objecto do litígio, em termos de se poder afirmar que a titularidade de tais poderes é condição do desempenho da função jurisdicional pelos tribunais arbitrais.

Deve, por isso, entender-se que os árbitros, no desempenho da função jurisdicional, exercem verdadeiro poder jurisdicional, o poder de *dizer o direito* em termos prevalecentes na ordem jurídica, com o fim único de dar solução jurídica a um conflito de interesses. Importa, neste contexto, sublinhar que, conforme já se referiu, as decisões tomadas pelos árbitros, no exercício da autoridade que lhes é cometida para resolverem um litígio submetido à sua apreciação, deverão, por força do texto constitucional, prevalecer na ordem jurídica portuguesa, em termos de não mais poderem ser alteradas

[111] JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, cit., p. 31.
[112] Artigo 205.º, n.º 2, da CRP.

senão nos casos especificamente previstos na lei, sendo susceptíveis de execução forçada.

É certo que os tribunais arbitrais não beneficiam do poder e dos meios necessários à execução das suas próprias decisões[113] – o que parece basear-se mais numa opção do legislador fundada em obstáculos prático-jurídicos do que num impedimento de ordem constitucional –, mas isso em nada contraria a natureza jurisdicional dos seus poderes, que decorre de lhes competir a resolução de questões de direito, em moldes juridicamente definitivos, obrigatórios e susceptíveis de execução forçada, ainda que levada a efeito por outras entidades. Debalde se procurará recusar a natureza jurisdicional dos poderes dos árbitros com fundamento na privação do poder de execução das suas próprias decisões, já que a privação de um tal poder não altera, nem interfere com a especial qualidade das decisões dos tribunais arbitrais que consiste na sua tendencial obrigatoriedade, definitividade e prevalência na ordem jurídica, atributos que caracterizam as decisões de qualquer tribunal no desempenho da função jurisdicional[114].

Na medida em que os actos jurisdicionais comportam a virtualidade de se tornarem definitivos, obrigatórios e susceptíveis de execução forçada, cristalizando-se na ordem jurídica com a força de caso julgado, o exercício do poder jurisdicional e, bem assim, o desempenho da função jurisdicional traduzem, propriamente, o exercício de uma parcela do poder político soberano, enquanto "faculdade de que é titular um povo de, por autoridade própria, instituir órgãos que exerçam, com relativa autonomia, a jurisdição

[113] Sobre a incompetência executiva dos tribunais arbitrais, cfr., entre outros, PAULA COSTA E SILVA, "A arbitrabilidade de medidas cautelares", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 63 (2003), Volumes I / II, pp. 215-222.

[114] Uma decisão de um tribunal não deixa de ser jurisdicional – nem deixa de consubstanciar um resultado do exercício de poderes jurisdicionais – pelo facto de nunca vir a ser requerida a sua execução forçada: por que razão haveria, então, de recusar-se essa natureza aos poderes exercidos pelos tribunais arbitrais na adopção das suas decisões, pela circunstância de tais tribunais não poderem dar execução forçada às suas decisões? Que dizer, então, das decisões dos tribunais estaduais para cuja execução é competente outro tribunal que não o que proferiu a decisão (cfr. artigo 85.º, n.º 3, do CPC)? Acresce que a execução das decisões é, em última análise, e no plano prático-jurídico, assegurada pelo recurso dos próprios tribunais com competência executiva ao auxílio da força pública, paradigmaticamente às autoridades policiais. A competência executiva do juiz tem, segundo cremos, um alcance limitado, já que "[a] verdade, porém, é que se encontra nas mãos da própria Administração a utilização dos mecanismos coactivos de natureza policial que possibilitam o exercício da força para fazer cumprir tais sentenças. [...] Neste domínio, reside a principal diferença entre a Administração Pública e todas as restantes entidades sujeitas à prevalência e à obrigatoriedade das decisões judiciais, pois a Administração, em especial o Governo, bem ao contrário de todas as restantes entidades, tem o monopólio do exercício da força [...]" (PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2010, p. 97). Parece-nos, por isso, exagerado o entendimento que procura descaracterizar o poder jurisdicional dos árbitros com fundamento na respectiva falta de *competência executiva*, que traduz, a nosso ver, muito mais um poder de ordenar a intervenção dos meios administrativos coercivos que eventualmente se mostrem necessários à execução da decisão em resultado da falta de colaboração do executado, do que uma autoridade própria do juiz para impor pela sua força o cumprimento da decisão jurisdicional.

sobre um território, nele criando e executando normas jurídicas, usando os necessários meios de coacção"[115]. Como sintetiza CASTANHEIRA NEVES, "a função jurisdicional, como elemento institucional que é do «sistema político» – ou, se quisermos, da comunidade política organizada em Estado –, actua decerto uma função e um poder de *relevo político*, participação e relevo que só por si nos impõem dizê-la também um *poder* e uma *função políticas* – embora tomado o «político» no seu mais amplo sentido"[116]. O desempenho da função jurisdicional traduz, bem assim, o exercício de uma parcela do poder político soberano.

É bem conhecida a divisão tricotómica da soberania em poderes cujo exercício se traduz no desempenho de funções normalmente atribuídas a órgãos do Estado: o poder legislativo, o poder administrativo e o poder jurisdicional[117]. É assim que, cabendo o exercício dos poderes soberanos ao Estado, "só com o seu consentimento ou por sua delegação outras colectividades ou entidades dão corpo a actos cuja natureza se reconduza a uma ou outra dessas funções"[118]. Isto poderia levar a pensar que os árbitros exerceriam os seus poderes jurisdicionais por delegação do Estado, participando no desempenho de uma função estadual. Segundo cremos, não parece ser este o entendimento que melhor se coaduna com a lei fundamental.

Os tribunais arbitrais, conforme é entendimento pacífico da doutrina, não constituem órgãos do Estado[119]. Fala-se, por isso, na jurisdição arbitral como *uma jurisdição privada*[120]. Ora, a circunstância de os árbitros exercerem um poder de autoridade que é próprio do exercício da soberania – que constitui, na verdade, uma parcela do poder soberano – só pode levar-nos a concluir que, para a CRP, há exercício de poderes soberanos fora dos órgãos estaduais. Conforme já assinalou o TC, "os tribunais

[115] MARCELO REBELO DE SOUSA e SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Publicações Europa-América, 2.ª edição (revista e aumentada), 1993, p. 25.

[116] CASTANHEIRA NEVES, "Da Jurisdição no actual Estado-de-Direito", *in* VARELA, Antunes / AMARAL, Diogo Freitas do / MIRANDA, Jorge / CANOTILHO, J. J. Gomes, *AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 191.

[117] Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República – Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 155.

[118] JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 12.

[119] Neste sentido, cfr., entre tantos, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3.ª edição, cit., pp. 262-263; PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 169.

[120] Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos (O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas)*, cit., p. 564.

arbitrais exercem poderes soberanos, tal como os restantes tribunais, não sendo 1egítimo, por isso, negar o carácter público da função que desempenham"[121] [122]. Os tribunais arbitrais constituem, bem assim, um caso de "exercício privado de funções públicas"[123].

É esta, aliás, a concepção que melhor se coaduna com a ideia de que não há um princípio de monopólio estadual da função jurisdicional: a função jurisdicional não é uma

[121] Acórdão do TC n.º 150/86, proferido em 30 de Abril de 1986. Apesar de o caso *sub judice* envolver um tribunal arbitral necessário, esta afirmação parece valer para todos os tribunais arbitrais, atentos os termos genéricos em que foi produzida. Cumpre, no entanto, assinalar que o TC parece ter alterado a sua posição sobre o carácter público da função desempenhada pelos tribunais arbitrais, tendo considerado, no acórdão n.º 230/2013, proferido em 24 de Abril de 2013, que "[a] função jurisdicional dos tribunais arbitrais tem aqui natureza privada".

[122] Em sentido contrário, considerando "ser de negar o carácter público da função que desempenham, bem como a ideia de que [os tribunais arbitrais] exercem poderes soberanos", cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos (O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas)*, cit., pp. 566-570. Para este autor, "[e]stando sempre na base da arbitragem – na exacta medida em que a faculdade de ser árbitro e de, nesse âmbito, exercer um poder jurisdicional, é reconhecida legalmente a «qualquer pessoa (singular e plenamente capaz)» –, a lei não se assume como fonte imediata do *poder concreto* de resolver um litígio e de impor a resolução aos litigantes. A lei limita-se a estabelecer que «qualquer pessoa singular e plenamente capaz» pode ser árbitro, o que, na nossa interpretação, significa o reconhecimento de uma capacidade «de todos os cidadãos» para exercitar um «poder jurisdicional concreto»: *hoc sensu*, poderá ver-se no reconhecimento dessa capacidade jurídica a atribuição de um abstracto *poder jurisdicional*, que, pertencendo «a todos», terá sempre de ser concebido como um *poder privado*" (p. 567). Permitimo-nos discordar desta posição. A nosso ver, do reconhecimento legal de que qualquer pessoa singular e plenamente capaz pode ser árbitro não decorre qualquer consequência para a natureza dos poderes exercidos pelos árbitros. A natureza soberana dos poderes jurisdicionais exercidos pelos árbitros é evidenciada, como se conclui no texto, pela sua supremacia na ordem jurídica portuguesa, o que vale por dizer que os poderes jurisdicionais dos árbitros são ainda poderes públicos, porquanto as decisões tomadas no exercício de tais poderes são obrigatórias e, se não tempestivamente impugnadas, definitivas, adquirindo a força de caso julgado e prevalecendo sobre as de quaisquer outras entidades. O reconhecimento de que qualquer pessoa pode ser árbitro não interfere com a natureza pública do poder jurisdicional por este exercido, tal como, por exemplo, o reconhecimento constitucional de que qualquer cidadão português eleitor, com as excepções previstas na lei, pode ser deputado não interfere com a natureza pública do poder legislativo por este exercido. De acordo com a posição que sustentamos no texto, não cremos que o reconhecimento de que qualquer cidadão pode ser árbitro constitua uma atribuição genérica de poder jurisdicional "a todos os cidadãos". A atribuição de poderes jurisdicionais aos tribunais arbitrais constitui, em nossa opinião, um dos efeitos jurídicos principais da convenção de arbitragem, em termos de se poder afirmar que ainda é do seu titular originário – não o Estado, nem as partes, antes o povo – que procede um tal poder: os árbitros são investidos em poderes jurisdicionais por disposição do direito objectivo que opera perante a manifestação da vontade das partes de que certo litígio que as opõe seja resolvido com recurso a arbitragem. Enquanto os poderes jurisdicionais dos tribunais estaduais têm um fundamento exclusivamente legal, os poderes jurisdicionais dos tribunais arbitrais têm um fundamento complexo – legal e contratual –, que radica nos efeitos que a lei atribui à vontade das partes manifestada por meio de convenção de arbitragem.

[123] PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional*, Volume I, Lisboa, Lex, 1995, p. 48, nota 117, considerando que "além de actividades integrantes da função administrativa, o exercício privado de funções públicas pode compreender o exercício de actividade jurisdicional – será o caso dos tribunais arbitrais – e mesmo, segundo o Direito suíço, a intervenção ao nível da actividade legislativa".

função exclusivamente estadual[124], é uma função desempenhada pelo Estado, mas não exclusivamente por este. Os árbitros não participam no desempenho de uma função exclusivamente estadual[125], antes participam, a par dos tribunais do Estado, no desempenho de uma função de soberania, que a comunidade política não atribuiu originariamente apenas a órgãos do Estado[126]. Para melhor se compreender esta ideia, é importante assinalar que um tribunal arbitral, apesar de não ser um órgão do Estado, não deixa de ser, na perspectiva do nosso direito constitucional, uma jurisdição da ordem jurídica portuguesa.

Por aqui se vê, também, que não há qualquer delegação de poderes de autoridade nos tribunais arbitrais por parte do Estado, pois que a função jurisdicional (e, bem assim, o poder jurisdicional) não foi, originariamente, atribuída exclusivamente a órgãos do Estado. Pelo contrário, a consagração constitucional dos tribunais arbitrais como verdadeiros e próprios tribunais, integrantes do nosso ordenamento jurisdicional, exprime uma *opção primária* do poder constituinte, tomada no quadro da organização do poder político. Daqui resulta, segundo cremos, que a parcela do poder político soberano exercida pelos árbitros, com vista ao desempenho da função jurisdicional, lhes é cometida pelo *titular último da soberania* – o povo –, através dos efeitos que o direito objectivo atribui à convenção de arbitragem. O poder exercido pelos árbitros é, por consequência, um poder público, mas não é um poder estadual, sendo nessa qualidade de detentores de uma parcela do poder político soberano que os tribunais arbitrais são, sistematicamente, enquadrados na CRP a propósito da organização do poder político. Constituem, pois, um caso de exercício privado do poder político soberano, não por delegação do Estado, nem das partes no litígio, mas por disposição do titular originário daquele poder – o povo –, nos termos dos

[124] Assinalando que "[o] poder judicial não se apresenta como um instrumento do Estado, *mas da sociedade*", cfr. CRISTINA QUEIROZ, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 327.

[125] No sentido de que "[a]o integrar os tribunais arbitrais entre os outros tribunais, a Constituição qualifica implicitamente o desempenho da actividade dos árbitros como um caso de exercício de uma função estadual por particulares", sendo "essa qualificação que permite ao legislador ordinário reconhecer força de caso julgado formal e material à decisão arbitral", cfr. SÉRVULO CORREIA, A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos, cit., p. 231, nota 1.

[126] Cfr. PAULO CASTRO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos*, Porto, Publicações Universidade Católica – Porto, 2001, pp. 291-292, considerando que a admissão de tribunais arbitrais "consubstancia [...] um indício forte de um fenómeno de alcance bem mais largo e que aponta para uma progressiva «desintegração» do carácter estadual dos tribunais. Cada vez mais intensamente, eles [...] apresentam-se-nos muito mais como um poder ou instrumento da sociedade do que propriamente como um poder do Estado [...]. Ora, é inquestionável que o reconhecimento e expansão de tribunais arbitrais, por um lado, e de tribunais internacionais, pelo outro, testemunha e documenta uma erosão da «estadualidade» enquanto característica distintiva do poder judicial".

artigos 3.º e 108.º da CRP[127].

Assinale-se que de quanto ficou dito não resulta uma assimilação dos tribunais arbitrais aos tribunais estaduais: os primeiros são tribunais privados, de que são titulares particulares escolhidos pelas partes e que se organizam e funcionam de acordo com o livre critério das partes e dos árbitros (que apenas se acham limitados pelas injunções constitucionais em matéria de exercício da função jurisdicional e pela regulação infraconstitucional da arbitragem voluntária); enquanto os segundos são tribunais da jurisdição estadual, de que são titulares juízes de carreira e que dispõem de um estatuto pormenorizadamente prefigurado no texto constitucional e na lei. As semelhanças entre ambos começam e terminam na circunstância de desempenharem a função jurisdicional, partilhando de uma parcela do poder político, e de estarem, em regra, sujeitos aos princípios constitucionais que regem o desempenho daquela função.

Esta concepção é coerente com a circunstância de desde há muito, como vimos, ambas as jurisdições – pública e privada – coexistirem pacificamente no nosso ordenamento jurídico. É justamente porque assim tem sucedido que desconfiamos das posições que conferem uma prioridade à jurisdição estadual sobre a jurisdição arbitral. Mas isso não significa que a actividade exercida pelos árbitros tenha um fundamento puramente privado ou, dito de outro modo, que a função jurisdicional desempenhada pelos tribunais arbitrais e, bem assim, os poderes jurisdicionais exercidos pelos árbitros sejam originariamente privados, negando-se a natureza pública (e una) da função jurisdicional[128].

Note-se que a autonomia privada não constitui, no plano interno dos sistemas nacionais, uma ordem jurídica autónoma dotada de jurisdição própria e diversa da ordem jurídica estadual – não há, por isso, jurisdição privada sem exercício de poder soberano, no quadro de uma ordem jurídica onde coexistem jurisdição pública e jurisdição privada. Os árbitros não exercem, por conseguinte, poderes jurisdicionais que neles sejam

[127] Sem prejuízo, evidentemente, da necessidade de intermediação da lei para a concretização da permissão constitucional de criação de tribunais arbitrais, tal como sucede com os demais tribunais de existência facultativa.

[128] No sentido de que "[o]s árbitros exercem [...] uma função jurisdicional de génese e natureza privada", cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos (O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas)*, cit., pp. 569-570.

delegados pelas partes[129] [130]. Tal não implica, porém, que o exercício desses poderes por tribunais privados ocorra no quadro da estrutura do Estado ou por delegação deste, no exercício de uma função estadual. A conformação constitucional de uma jurisdição privada implica, reitere-se, o reconhecimento de que há exercício de poder soberano fora da estrutura orgânica do Estado.

A arbitragem traduz, segundo cremos, o exercício privado de uma parcela do poder soberano – o poder jurisdicional –, cujo fundamento radica nos efeitos atribuídos pelo direito objectivo à convenção de arbitragem celebrada entre as partes. A circunstância de o texto constitucional enquadrar a actividade desempenhada pelos árbitros como exercício da função jurisdicional não relega para segundo plano a natureza privada da jurisdição arbitral e a sua origem contratual. É que a arbitragem tem um fundamento complexo: a atribuição pelo direito objectivo – que exprime o modo como foi organizado o exercício do poder político no nosso ordenamento jurídico – de poder jurisdicional aos tribunais arbitrais depende da celebração de convenção de arbitragem, constituindo um dos seus efeitos principais, e é por esta conformada, designadamente quanto à extensão material da competência jurisdicional dos árbitros.

Retornando, agora, à definição constante do artigo 202.º, n.º 1, da CRP, tendo em conta que a CRP considera os tribunais arbitrais uma categoria de tribunais (artigo 209.º, n.º 2), definindo os tribunais como órgãos de soberania (202.º, n.º 1) e considerando-os expressamente como tais (artigo 110.º, n.º 1), sem qualquer distinção entre tribunais, e tomando em consideração que os tribunais arbitrais exercem um poder soberano funcionalmente orientado para a administração da justiça, mais rigoroso seria que, ao invés de se perguntar se os tribunais arbitrais são órgãos de soberania, se perguntasse antes se há fundamento constitucional bastante para que o intérprete os não considere como tais.

No sentido da negação de uma tal qualificação, poderá argumentar-se que a

[129] Como assinala MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal", *in* JORGE MIRANDA / J. GOMES CANOTILHO / JOSÉ DE SOUSA E BRITO / MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO / MARGARIDA LIMA REGO / PEDRO MÚRIAS (Orgs.), *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 20, "os poderes que os árbitros exercem não são poderes originários das partes, que neles sejam por elas delegados, mas poderes de natureza jurisdicional, em que os árbitros são investidos por vontade das partes, mas que não lhes são transmitidos por elas".

[130] Considerando que não são "transponíveis para a ordem jurídica portuguesa concepções segundo as quais a eficácia da decisão arbitral se desenvolveria num puro plano privatístico – dada a carência de *imperium* no papel do árbitro –, advindo-lhe a força tão só da vontade expressa das partes na convenção de arbitragem", cfr. SÉRVULO CORREIA, A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos, cit., p. 231, nota 1.

qualificação como órgão de soberania supõe a qualidade de órgão do Estado, razão pela qual, não sendo os tribunais arbitrais órgãos do Estado, não poderiam ser tidos por órgãos de soberania[131] [132]. Por outras palavras, se apenas os órgãos do Estado puderem ser qualificados como órgãos de soberania, terá forçosamente de se considerar que os tribunais arbitrais não são órgãos de soberania, já que se afigura fora de dúvida que não constituem órgãos estaduais. Parece, todavia, difícil conciliar a concepção que reserva a qualificação como órgãos de soberania aos órgãos do Estado com a circunstância de os tribunais arbitrais, perante o texto constitucional, constituírem verdadeiros tribunais, exercendo verdadeiros poderes jurisdicionais e participando no desempenho da função jurisdicional. Com efeito, atendendo a que "o tribunal arbitral voluntário, mesmo em doutrina pura, é tido e considerado como real e verdadeiro tribunal"[133], sendo enquadrado constitucionalmente como tal, e tomando em consideração que "os tribunais arbitrais exercem poderes soberanos, tal como os restantes tribunais"[134], parece haver fundamento bastante para lançar a dúvida sobre se os tribunais arbitrais, apesar de não constituírem órgãos do Estado, poderão, ainda assim, por via de um critério material, ser qualificados como órgãos de soberania, traduzindo o reconhecimento de que há exercício de poder soberano fora da estrutura orgânica do Estado.

Como ponto de partida para a colocação do problema e explicitação das principais

[131] Considerando que os órgãos de soberania são necessariamente órgãos do Estado, cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 1154-1155.

[132] Recusando a qualificação dos tribunais arbitrais como órgãos de soberania, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos (O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas)*, cit., p. 566. Para este autor, "[p]or não estarem integrados na organização estadual, é inquestionável que os tribunais arbitrais não constituem «órgãos de soberania», verificando-se, por essa razão, um desfasamento entre a definição de tribunais do artigo 202.º e a categorização dos tribunais do artigo 209.º". Também PAULO CASTRO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos*, cit., p. 294, considera que "patentemente" os tribunais arbitrais não podem ser qualificados como órgãos de soberania (parecendo, todavia, mais hesitante na p. 298, onde se lê que os tribunais arbitrais "parecem não se dever ter por «órgãos de soberania»"). Cfr., no entanto, JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, cit., p. 17, sublinhando ser "[c]ontroversa na doutrina [...] a questão de saber se os tribunais arbitrais, que não são órgãos estaduais, podem ainda ser qualificados como órgãos de soberania". Para JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3.ª edição, cit., pp. 262-263, "[a] existência de tribunais arbitrais – sejam voluntários ou necessários – acarreta uma interpretação extensiva ou restritiva (consoante os prismas de análise) do artigo 202.º, n.º 1, visto que, em inteiro rigor, não são órgãos do Estado". Considerando tratar-se de "questão controversa [a] de saber se [os tribunais arbitrais] se consideram ou não órgãos de soberania", problema que se tornou "mais interessante com a entrada em vigor da Lei Constitucional 1/82, de 30 de Setembro", ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, "Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional", *in Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano IX (2009), n.º 16, pp. 196-197, nota 37, e 202, escreve que "os tribunais arbitrais exercem a função jurisdicional e são verdadeiros tribunais (não sendo porém órgãos de soberania)".

[133] Vd. acórdão identificado em primeiro lugar na nota 100.

[134] Acórdão do TC identificado na nota 121.

coordenadas do mesmo, deve notar-se que, em boa verdade, não parece ser possível a adopção de um sentido material rigoroso para a definição de órgão de soberania, designadamente quanto à fixação de eventuais elementos distintivos dos restantes órgãos constitucionais: órgãos de soberania são, antes de mais, aqueles que a CRP qualifica como tais: a utilização de outros critérios poderá suscitar incoerências internas no texto constitucional, porquanto acabará por abranger mais ou menos órgãos do que aqueles referidos no artigo 110.º da CRP.

Assim, por exemplo, JORGE MIRANDA ensaia quatro critérios para distinguir os órgãos de soberania dos restantes órgãos constitucionais – carácter supremo dos órgãos de soberania, relações funcionais de coordenação ou paridade entre os órgãos de soberania, natureza dos poderes exercidos pelos órgãos de soberania e posição jurídico-constitucional traduzida numa relação necessária com a função política (ou contitularidade na determinação das linhas gerais da direcção política) –, tendo concluído que nenhum deles se ajusta ao elenco fechado de órgãos de soberania do artigo 110.º, n.º 1, da CRP, por cada um deles resultar na qualificação como órgãos de soberania de mais ou menos órgãos do que aqueles referidos no citado preceito constitucional. Tomemos como exemplo o critério da natureza dos poderes exercidos pelo órgão, para concluir que este critério é de afastar, desde logo, porque, "por virtude da existência das regiões autónomas, até actos das funções legislativa e governativa são produzidos por órgãos que não são órgãos de soberania"[135]. O autor citado acaba por adoptar um critério material fundado na própria matriz da soberania, considerando que os órgãos de soberania "vêm a ser aqueles que se ligam, necessária e primariamente, à soberania como poder próprio e originário do Estado", sob pena de ter de se considerar que "a qualificação não passaria de um mero *nomen iuris*"[136].

Entendido este critério à luz da regra segundo a qual o titular originário da soberania é o povo, enquanto comunidade política, e não o Estado, não parece que os tribunais da jurisdição privada devam ser excluídos daquele conceito, pois que, como se referiu, a par dos tribunais estaduais, os tribunais privados exercem uma parcela do poder soberano com vista ao desempenho da função jurisdicional, que não é uma função exclusivamente estadual. Em princípio, os órgãos do Estado que apresentam uma ligação primária e necessária à soberania como poder próprio organizado e instituído pelo povo

[135] JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, cit., pp. 74-75.
[136] JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, cit., p. 75.

português no nosso território são órgãos de soberania. Não é, todavia, claro que todos os órgãos de soberania sejam, necessariamente, órgãos do Estado, porquanto, como já se referiu, há órgãos que apresentam essa ligação necessária e primária ao poder soberano originário, na vertente do poder jurisdicional, que, por disposição constituinte da comunidade política, não se integram na estrutura do Estado. É, segundo cremos, o caso dos tribunais arbitrais, que, embora constituídos apenas para a resolução de certo litígio, exercem verdadeiros poderes jurisdicionais sobre o objecto do litígio, traduzindo-se a prática de actos jurisdicionais no exercício dessa parcela de poder soberano, que os torna definitivos, obrigatórios e exequíveis, se não forem tempestivamente impugnados. Por estas razões, o legislador constituinte optou por referir-se-lhes como uma categoria de tribunais, assim os integrando no conceito mais amplo de tribunais, que são pela CRP qualificados como órgãos de soberania.

Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, os órgãos de soberania correspondem aos órgãos constitucionais que apresentam as seguintes características: "a) existência, posição institucional e competências essenciais imediatamente constituídas pela Constituição (são órgãos imediatos, na terminologia tradicional); b) faculdade de auto-organização interna; c) posição de equiordenação relativamente aos outros órgãos de soberania, independentemente das relações extra e intraorgânicas estabelecidas pela própria Constituição"[137].

Não se vislumbra em que é que os tribunais arbitrais, para os efeitos dos critérios estabelecidos por aqueles autores, se diferenciarão dos tribunais estaduais. Relativamente às alíneas b) e c), parece razoável supor que se há tribunais especialmente vocacionados para a sua auto-organização são justamente os tribunais arbitrais, em nada se distinguindo dos tribunais estaduais, mormente os de primeira instância, quanto à posição de equiordenação relativamente aos outros órgãos de soberania.

Já quanto à circunstância de o seu estatuto não se encontrar determinado na CRP, tal não impede a qualificação dos tribunais arbitrais como órgãos de soberania. "O n.º 2 do artigo 110.º estabelece que a formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania são os definidos na Constituição. Este item não se afigura, contudo, suficiente para recortá-los diante dos demais órgãos constitucionais. E isto,

[137] GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 493.

porque [...] se se toma à letra o que ele diz, verifica-se que, em rigor, nem todos os órgãos de soberania têm a sua estrutura completamente definida pela Constituição (somente o Presidente da República [...])"[138].

No caso dos tribunais arbitrais, a definição constitucional do seu estatuto, em todos os elementos referidos no artigo 110.º, n.º 2, da CRP, não se afigura possível, porquanto a própria natureza privada do instituto a isso se opõe, o que, como se viu, não implica que os mesmos não sejam considerados órgãos de soberania, participando no exercício da função jurisdicional (que não é, no nosso ordenamento jurídico, uma função exclusivamente estadual), através da composição jurisdicional de litígios que lhes são deferidos por convenção de arbitragem.

Este défice de densidade de regulação constitucional dos tribunais arbitrais não é, todavia, exclusivo deste tribunais: conforme salientou o TC no acórdão n.º 472/95, de 10 de Agosto de 1995, "[e]nquanto órgãos de soberania caberá à Constituição definir — como se observou — a sua formação, composição, competência e funcionamento (artigo 113.º, n.º 2, da Constituição [actual 110.º, n.º 2]), mas percorrendo as normas pertinentes verifica-se que no respeitante à organização dos tribunais, a Constituição apenas inclui algumas regras quanto ao Tribunal Constitucional, aos tribunais judiciais (artigo 212.º [actual 210.º]) e aos tribunais administrativos e fiscais (artigo 214.º [actual 212.º]); quanto à competência, incluem-se regras relativamente ao Tribunal Constitucional (artigo 225.º [actual 223.º]), aos tribunais judiciais (artigo 213.º [actual 211.º]), aos tribunais administrativos e fiscais (artigo 214.º [actual 212.º]), aos tribunais militares (artigo 215.º [actual 213.º]) e ao Tribunal de Contas (artigo 216.º [actual 214.º]); quanto ao funcionamento existe apenas uma referência ao Tribunal Constitucional (artigo 226.º [actual 224.º]) e aos tribunais judiciais (artigo 213.º, n.º 2 [actual 211.º])".

Ora, o défice de regulação constitucional do estatuto destes tribunais estaduais não lhes retira a natureza de órgãos de soberania, pelo que este não parece ser um argumento convincente para negar aos tribunais arbitrais a natureza de órgãos de soberania, em linha com os artigos 110.º, n.º 1, e 202.º, n.º 1, da CRP, que considera os tribunais – sem distinção e, portanto, abrangendo todas as categorias de tribunais previstas no texto

[138] JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, cit., p. 73.

constitucional – um *complexo de órgãos de soberania*[139].

Especificamente sobre a regulação constitucional da competência dos tribunais, enquanto órgãos de soberania, considerou o TC que "a regra do artigo 113.º, n.º 2, da Constituição [actual artigo 110.º, n.º 2] diz respeito a cada tribunal — e, desde logo, a cada espécie de tribunais. E de duas uma: ou a Constituição, ela mesma define a competência de cada espécie de tribunais, e então não pode a lei vir ampliá-la (nem restringi-la), ou a Constituição não o faz, remetendo (expressa ou implicitamente) para a lei, devendo esta respeitar as esferas de competência constitucionalmente definidas para os demais tribunais"[140]. No caso dos tribunais arbitrais, é esta segunda via a seguida pelo legislador constituinte, mas em moldes distintos do que ocorre para os tribunais estaduais.

No caso dos tribunais estaduais, bastará ao legislador ordinário fixar a respectiva competência, pois que estes serão normalmente competentes, sem mais, para o julgamento de um litígio compreendido no âmbito de competência legalmente fixado. Já quanto aos tribunais arbitrais a determinação da sua competência faz-se a dois passos: por um lado, através da definição de categorias abstractas de litígios que possam ser dirimidos por árbitros, o que se tem designado por *arbitrabilidade objectiva*, e, por outro lado, através da convenção de arbitragem, na qual devem as partes especificar o litígio – existente ou potencial – cuja resolução pretendem deferir ao tribunal arbitral. As regras sobre arbitrabilidade têm, pois, o alcance de fixar abstractamente a esfera de competência dos tribunais arbitrais, enquanto categoria de tribunais, desempenhando a convenção de arbitragem um papel decisivo na concreta atribuição a um tribunal arbitral da competência para julgar um litígio cujo objecto deva considerar-se *arbitrável*.

Contra o entendimento segundo o qual os tribunais arbitrais se incluem no conceito de tribunal previsto no artigo 202.º, n.º 1, da CRP, poderá, também, argumentar-se com o seu carácter temporário ou precário, uma vez que são constituídos para a resolução de determinado litígio, cessando a respectiva tarefa e extinguindo-se os respectivos poderes com a prolação da decisão que põe termo ao processo, em princípio, resolvendo o litígio que lhes fora submetido. Diferentemente, os tribunais estaduais são órgãos de carácter permanente (na maioria dos casos, caberá à lei instituir e extinguir os diversos tribunais

[139] Sobre o entendimento segundo o qual "os tribunais não constituem um órgão de soberania «colectivo ou múltiplo»", antes "todos e cada um dos tribunais são órgãos de soberania", cfr., por exemplo, acórdão do TC n.º 81/86, prolatado em 12 de Março de 1986, do qual se extraíram as citações constantes da presente nota.

[140] Acórdão do TC identificado na nota 139.

estaduais), permanecendo, em princípio, como instituições que perduram. Por outro lado, para além do carácter precário dos tribunais arbitrais, poderá, ainda, aventar-se um outro argumento contrário à qualificação dos tribunais arbitrais como órgãos de soberania fundado na ideia de que a constituição e extinção daqueles tribunais se encontra exclusivamente na disponibilidade de particulares, o que não seria compatível com a natureza de órgão de soberania. Tendo por relativamente seguro que a CRP não estabelece, ao menos de modo claro e inequívoco, que todos os órgãos de soberania são permanentes e que nenhum pode ser colocado na disponibilidade de particulares, parece poder questionar-se se estes atributos dos tribunais arbitrais impedem a sua qualificação como órgãos de soberania ou se, pelo contrário, impõem a necessidade de uma reponderação dos termos em que, por vezes, estes órgãos são caracterizados. Dito de outro modo, a constatação de que os tribunais arbitrais possuem estas características poderá conduzir à negação da sua qualificação como órgãos de soberania, mas poderá, também, inversamente, conduzir à conclusão de que o conceito de órgão de soberania que emerge do cotejo dos diversos preceitos constitucionais com relevância na matéria é mais amplo do que poderia parecer. Parece dever perguntar-se se há fundamento constitucional bastante para restringir o conceito de órgão de soberania a órgãos permanentes, cuja constituição e extinção estejam na exclusiva disponibilidade do legislador (constituinte ou ordinário, consoante os casos[141]), interpretando restritivamente a qualificação constitucional dos tribunais – sem quaisquer distinções – como órgãos de soberania.

Segundo o disposto no n.º 1 do artigo 202.º da CRP, os tribunais são os órgãos de soberania com competência para *administrar a justiça em nome do povo*. Entendida a administração da justiça como exercício da função jurisdicional, tal como materialmente caracterizada no n.º 2, dificilmente se poderá afirmar que os tribunais arbitrais não são constituídos para administrar a justiça nos litígios que lhes são submetidos[142]. Mais estranha parece ser a constatação de que os tribunais arbitrais administram a justiça em nome do povo: tratando-se, como se trata, de uma justiça privada, administrada por particulares não titulares de um órgão estadual e fundada, parcialmente, na vontade das partes, não parece evidente a ligação dos tribunais arbitrais à comunidade política.

[141] Pense-se, por exemplo, no caso dos tribunais marítimos: enquanto tribunais de existência facultativa, a criação e a extinção dos tribunais marítimos estão a cargo do legislador ordinário (cfr. artigo 209.º, n.º 2, da CRP).

[142] Sobre o enunciado textual *administrar a justiça*, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* II, cit., p. 508; JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, cit., pp. 18-19.

Essa ligação verifica-se, segundo cremos, em termos idênticos para todos os tribunais, estaduais e arbitrais, porque se encontra ligada à natureza jurisdicional da função por todos eles desempenhada. Como escreve PAULO OTERO, "os tribunais administram a justiça em nome do povo por decisão constitucional: é a Constituição que, fazendo do povo o titular da soberania (artigo 3.º, n.º 1), uma vez que os tribunais são órgãos de soberania que exercem uma autoridade soberana (artigo 110.º, n.º 1), faz também imputar ao representado a autoria última da administração da justiça. Trata-se aqui de um puro vínculo jurídico, sem qualquer ideia de representação política ou de democraticidade legitimadora da intervenção decisória dos juízes, que faz os tribunais administrarem a justiça em nome do povo (artigo 201.º, n.º 1): os tribunais administram a justiça em nome do povo, pois o povo é considerado pela Constituição o titular da soberania, tal como administrariam a justiça em nome do rei, se no monarca residisse a titularidade da soberania constitucional"[143]. Tendo em conta que os tribunais arbitrais exercem poderes jurisdicionais por opção primária do poder constituinte, sendo um dos modos de exercício do poder político soberano de que o povo é o titular último, deve entender-se que ainda o fazem *em nome* deste, no apontado sentido de vinculação jurídica do órgão ao titular originário do poder atribuído: reitere-se que, quando actuam no desempenho da função jurisdicional, os tribunais arbitrais não exercem um poder próprio, nem sequer um poder delegado pelas partes, antes um poder atribuído pelo povo, já que, à face da Constituição, toda a soberania e, portanto, todo o poder jurisdicional, reside no povo.

Conforme referimos, não é este o lugar próprio para responder definitivamente à questão de saber se os tribunais arbitrais, apesar de não serem órgãos estaduais, estão incluídos na definição de tribunais consagrada no artigo 202.º, n.º 1, da CRP. Uma tal resposta exigiria uma análise mais aprofundada, que não só extravasaria o âmbito do presente estudo, como arriscaria frustrar o propósito da referência ao estatuto constitucional dos tribunais arbitrais que é, tão somente, o de proceder a um enquadramento de âmbito geral da actividade desempenhada pelos árbitros à luz do texto constitucional. A análise que antecede permite, no entanto, concluir que, ao contrário do que por vezes é sugerido, não parece, de todo, evidente que os tribunais arbitrais não se incluam no conceito constitucional de tribunais que emerge do disposto no artigo 202.º, n.º 1, da CRP. Não temos, deste modo, por adquirida a existência de qualquer desfasamento entre a definição de tribunais do artigo 202.º e a categorização dos tribunais operada pelo

[143] Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, cit., p. 416-417.

artigo 209.º.

Como quer que seja, pode concluir-se de quanto se escreveu que os tribunais arbitrais são enquadrados pela Constituição como verdadeiros e próprios tribunais, encontrando-se constitucionalmente incumbidos do desempenho da função jurisdicional, no âmbito dos litígios que lhes forem validamente submetidos. O texto constitucional acolhe os tribunais arbitrais como uma categoria de tribunais, assim esclarecendo que estes tribunais participam, a par dos demais tribunais da ordem jurídica portuguesa, no desempenho da função jurisdicional, a qual não é, por conseguinte, uma função exclusivamente estadual.

4.2. Restrições constitucionais à arbitrabilidade de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas

Tendo concluído que os tribunais da jurisdição arbitral desempenham a função jurisdicional, constituindo, perante o texto constitucional, verdadeiros tribunais e estando, por isso, submetidos, por regra, aos princípios constitucionais que regem a actividade dos tribunais estaduais, importa, agora, averiguar se do enquadramento constitucional da arbitragem decorre alguma limitação quanto às questões jus-administrativas que podem constituir objecto de apreciação por um tribunal arbitral.

A CRP não determina as matérias cuja apreciação pode ser deferida a tribunais arbitrais[144], tal como, já assinalámos, não fixa concretamente o âmbito de competência de todos os tribunais estaduais nela previstos, remetendo tais tarefas para a lei ordinária. A questão que se coloca é, pois, a de saber se, e em que medida, a CRP condiciona o legislador ordinário na importante tarefa de determinação da esfera de arbitrabilidade em matéria administrativa.

4.2.1. Restrições resultantes da reserva constitucional da jurisdição administrativa

A primeira limitação constitucional em matéria de arbitrabilidade decorre da

[144] Considerando que "[a] Constituição, embora admita a existência de tribunais arbitrais (artigo 209.º, n.º 2), nada diz quanto à sua inserção no ordenamento jurisdicional, […] [n]em explicita o âmbito e a natureza dos litígios que podem ser submetidos à jurisdição desses tribunais", cfr. acórdão do TC n.º 230/2013, de 24 de Abril de 2013.

reserva constitucional de competência a favor de certos tribunais[145].

Com efeito, não parece suscitar dúvidas o entendimento segundo o qual é vedado aos tribunais arbitrais o julgamento de questões que a lei fundamental submete, exclusivamente, a outros tribunais. Pense-se, por exemplo, na competência constitucionalmente cometida ao Tribunal Constitucional para proceder à fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade de normas legais, a qual, por ser exclusiva deste órgão, não pode pelo legislador ordinário ser atribuída a qualquer outro tribunal, estadual ou arbitral.

Deste modo, suscita-se a questão de saber se a submissão de litígios jurídico-administrativos a tribunais arbitrais é compatível com a reserva constitucional da jurisdição administrativa decorrente do artigo 212.º, n.º 3, da CRP. Dito de outro modo, cumpre averiguar se, ao cometer aos tribunais administrativos e fiscais "o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais", o artigo 212.º, n.º 3, da CRP exclui que aqueles litígios possam ser dirimidos com recurso à arbitragem.

A questão, assim colocada, parece supor a prévia resolução de um outro problema, de âmbito mais geral, qual seja o de saber se a reserva constitucional da jurisdição administrativa constitui uma reserva absoluta, isto é, se implica que só os tribunais administrativos poderão julgar litígios emergentes de relações jurídicas administrativas.

A resposta a esta questão não é unânime na doutrina. Assim, de um lado defende-se que o legislador ordinário não pode cometer a outros tribunais que não os tribunais administrativos e fiscais o julgamento de litígios incidentes sobre relações jurídicas administrativas, salvo os casos em que o próprio texto constitucional atribui a outros tribunais competência em matéria administrativa (é o caso do contencioso eleitoral atribuído à jurisdição constitucional). O texto constitucional estabeleceria, deste modo, uma reserva absoluta a favor dos tribunais administrativos, que só admitiria as excepções previstas na própria lei fundamental. De outro lado, argumenta-se que o artigo 212.º, n.º 3, da CRP constitui "uma regra definidora de um *modelo típico*, susceptível de adaptações ou de desvios em casos especiais, desde que não fique prejudicado o núcleo caracterizador do

[145] Neste sentido, cfr., por exemplo, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* II, cit., p. 551.

modelo"[146], pelo que a reserva constitucional da jurisdição administrativa não constitui uma reserva absoluta, podendo ser cometido a outros tribunais o julgamento de questões jurídico-administrativas[147].

A discussão sobre o carácter relativo ou absoluto da aludida reserva não parece, porém, proveitosa para a resolução do problema que aqui analisamos. O debate que a respeito desta norma se tem suscitado na doutrina e na jurisprudência centra-se, fundamentalmente, no alcance da reserva constitucional de competência em proveito dos tribunais estaduais administrativos face aos tribunais estaduais comuns, desenvolvendo-se a discussão exclusivamente no quadro da jurisdição estadual. Segundo cremos, a questão tem de ser equacionada em moldes distintos no que concerne a uma eventual restrição à arbitrabilidade decorrente do artigo 212.º, n.º 3, da CRP, já que a conclusão de que a referida reserva é absoluta, em termos de não poder ser cometido aos tribunais (estaduais) comuns o julgamento de litígios jurídico-administrativos, não determina, necessariamente, a exclusão da possibilidade de arbitragem em matéria administrativa, tal como a conclusão inversa não constitui um elemento decisivo, nem suficiente, para se poder concluir pela admissibilidade constitucional da arbitragem no domínio jurídico-administrativo.

Importa, antes de mais, tomar em consideração que, perante o texto constitucional, os tribunais arbitrais são tribunais de existência facultativa, isto é, a efectiva admissibilidade da constituição de tribunais arbitrais depende de consagração legal[148]. Ao nível constitucional, a facultatividade da existência de tribunais arbitrais implica o reconhecimento de que a implementação legal da arbitragem acarretará necessariamente a invasão da esfera de competência ideal dos tribunais estaduais, o que se torna ainda mais relevante pelo facto de o legislador constituinte não ter especificado o âmbito possível da arbitragem.

Com efeito, o texto constitucional garante a todos os cidadãos uma tutela

[146] VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa - Lições*, 12ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 94.

[147] Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa - Lições*, cit., pp. 92-99, contendo um resumo das principais posições sobre o tema, bem como múltiplas referências jurisprudenciais relevantes. Adoptando a segunda posição enunciada no texto, o autor refere que "[e]ssa definição do âmbito-regra, que corresponde à justiça administrativa em sentido material, deve ser entendida como uma *garantia constitucional*, da qual deriva, para o legislador ordinário, tão-somente a obrigação de respeitar o *núcleo essencial* da organização material da jurisdições – por exemplo, seria inconstitucional a opção do legislador originário pelo sistema italiano, remetendo para os tribunais judiciais o julgamento de todas as questões relativas a direitos subjectivos dos particulares".

[148] Considerando que os tribunais arbitrais são "órgãos de *existência facultativa*", cfr., entre outros, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, cit., p. 66.

jurisdicional efectiva dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (cfr. artigo 20.º da CRP), razão pela qual os tribunais de existência obrigatória, por serem os únicos cuja existência é imposta pela Constituição, têm, ao nível constitucional, uma *esfera de competência ideal* susceptível de assegurar a plenitude da referida tutela. É, assim, por essa razão que, como tribunais de existência obrigatória, surgem os tribunais estaduais administrativos e os tribunais estaduais comuns, os primeiros com competência no domínio dos litígios jurídico-administrativos e os segundos com competência em matéria civil e criminal e, ainda, competência residual em todas as matérias não atribuídas a outras ordens jurisdicionais. A CRP garante, deste modo, que a competência dos tribunais de existência obrigatória abrange todas questões que reclamem tutela jurisdicional para protecção de direitos e interesses legalmente protegidos.

Ao admitir a criação de tribunais arbitrais, ao invés de impor a sua existência, a lei fundamental admite, necessariamente, que a concretização de uma tal permissão implicará a invasão da esfera de competência ideal dos tribunais estaduais, o que constitui corolário do carácter constitucionalmente facultativo dos tribunais arbitrais e da consagração do direito a uma tutela jurisdicional efectiva. Considerando que a CRP não especifica o âmbito constitucionalmente admissível da arbitragem, forçoso será considerar que um tal âmbito recairá necessariamente sobre questões da esfera de competência ideal dos tribunais estaduais e apenas sobre as matérias que o próprio texto constitucional não reservar para certos tribunais (ou categorias de tribunais), o que vale por dizer que não basta que a lei fundamental atribua competência a certos tribunais (ou categorias de tribunais) para que daí se possa inferir, sem mais, que a matéria ficará excluída do âmbito possível da arbitragem. Haverá, diversamente, que averiguar se as normas constitucionais atributivas de competência jurisdicional contêm ou não um elemento excludente de todos os demais tribunais – caso em que se tratará de uma competência exclusiva, sendo portanto vedado ao legislador permitir a arbitragem em tal domínio, bem como atribuir tal competência a outro tribunal estadual – ou apenas dos tribunais arbitrais – caso em que é vedado ao legislador ordinário permitir a arbitragem em tal domínio.

A questão que se suscita relativamente à eventual existência de uma restrição constitucional à arbitrabilidade em matéria administrativa decorrente do artigo 212.º, n.º 3, da CRP é, assim, a de saber se a reserva da jurisdição administrativa constitui ou não uma reserva de jurisdição estadual, isto é, se se poderá retirar do artigo 212.º, n.º 3, da CRP um elemento excludente da competência dos tribunais arbitrais em matéria administrativa. A

questão deverá ser ponderada tendo como pano de fundo a conclusão a que se chegou segundo a qual a permissão constitucional de criação de tribunais arbitrais implica que a sua concretização se traduza na possibilidade de que estes se ocupem de matérias que, no plano constitucional, se encontram atribuídas aos tribunais estaduais de existência obrigatória.

Segundo o mencionado preceito, "[c]ompete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais". Não parece que daqui possa extrair-se um elemento excludente da competência dos tribunais arbitrais em matéria administrativa. Conforme concluímos, não basta a atribuição constitucional de competência jurisdicional em certo domínio a uma categoria de tribunais, para que se considere excluída a possibilidade de o legislador ordinário estabelecer a arbitrabilidade de litígios suscitados em tal domínio. Não colhe, por isso, o argumento de que a atribuição de competência em matéria administrativa aos tribunais estaduais administrativos implica, por si só, a exclusão de atribuição a quaisquer outros tribunais de competência jurisdicional em tal domínio. Uma tal restrição apenas se verificaria se o preceito constitucional em apreço manifestasse uma intenção normativa de exclusão da possibilidade de atribuição de competência jurisdicional em matéria administrativa a quaisquer outros tribunais, o que, segundo cremos, não sucede com o artigo 212.º, n.º 3, da CRP. Este preceito limita-se a afirmar a competência dos "tribunais administrativos" para a resolução de litígios jurídico-administrativos, nele não se reconhecendo, portanto, qualquer elemento excludente possibilidade de arbitragem em matéria administrativa

A nosso ver, o problema da reserva de jurisdição dos tribunais administrativos coloca-se, essencialmente, no seio da jurisdição estadual e não nas relações entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral: as referências constitucionais à especialização material dos tribunais dizem respeito a uma primordial repartição de competência entre os tribunais estaduais, em nada interferindo com os tribunais da jurisdição arbitral. Dito de outro modo, a ausência de uma intenção normativa de exclusão da possibilidade de arbitragem de litígios jurídico-administrativos, no artigo 212.º, n.º 3, da CRP, decorre ainda da circunstância de o preceito, segundo cremos, servir o propósito de acolher na ordem jurídica portuguesa o sistema de contencioso administrativo fundado na *dualidade de jurisdições*, por meio da repartição de competência jurisdicional entre tribunais estaduais segundo um critério de especialização material. Não há na letra, nem no espírito

do preceito qualquer elemento que interfira com o âmbito possível da jurisdição dos tribunais arbitrais, matéria que, segundo cremos, permanece arredada do artigo 212.º, n.º 3, da CRP. Assim, quando o texto constitucional estabelece uma repartição de competência material entre os tribunais administrativos e os tribunais comuns, fá-lo sem prejuízo da possibilidade de o legislador dar execução à permissão constitucional de criação de tribunais arbitrais decorrente do artigo 209.º, n.º 2, da CRP e, portanto, da possibilidade de o legislador admitir a intervenção dos tribunais arbitrais nas matérias abrangidas pelos artigos 211.º, n.º 1, e 212.º, n.º 3, da CRP.

Como sublinha MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, em termos particularmente claros, "como é evidente e tal como sucede, desde logo, com o artigo 211.º da CRP, que define o âmbito da jurisdição dos tribunais judiciais, também o artigo 212.º, n.º 3, não pode deixar de ser lido de harmonia com o artigo 209.º, n.º 2, para o efeito de se reconhecer que ele só confere poderes de jurisdição aos tribunais (administrativos e fiscais) do Estado *sob reserva da existência de tribunais arbitrais* e, portanto, da possibilidade da sua intervenção, com a extensão que ao legislador cumpre delimitar, no exercício da sua natural liberdade de conformação". Com efeito, "[d]o ponto de vista constitucional, não se vê, na verdade, por que motivo se há-de, para este efeito, entender que essa liberdade de conformação resulta do artigo 212.º, n.º 3, da CRP com uma extensão mais limitada do que aquela que, no que concerne à resolução de litígios de natureza privada, resulta do artigo 211.º, n.º 1. Para efeitos do disposto no artigo 212.º, n.º 3, da CRP, afigura-se, por isso, fundada a tese de que tribunais administrativos, em Portugal, não são apenas os tribunais permanentes do Estado, como tais previstos na lei, mas são também os tribunais (administrativos) arbitrais que venham a ser constituídos para dirimir litígios jurídicoadministrativos"[149].

Não se verificando, como cremos que se não verifica, um elemento excludente da possibilidade de arbitragem nos domínios materiais de que tratam as normas que regulam o âmbito de competência dos tribunais administrativos e fiscais e dos tribunais comuns, e tendo em conta que a criação de tribunais arbitrais é admitida pelo legislador constitucional nos mais amplos termos, sem concretização das matérias que é possível cometer a tais tribunais e admitindo que a sua criação implicará a invasão da esfera de

[149] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Tópicos Sobre o Problema do Âmbito Subjectivo da Arbitragem sobre Relações Jurídicas Multilaterais ou Poligonais de Direito Administrativo,* cit., pp. 210-211. Neste sentido, cfr., também, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, cit., pp. 103-104.

competência dos tribunais estaduais de existência obrigatória, forçoso será considerar que cabe ao legislador ordinário, caso decida concretizar uma tal permissão constitucional, determinar se deverá ser admitida a arbitragem no âmbito jurídico-administrativo e no âmbito jurídico-privado e, bem assim, quais as matérias susceptíveis de ser concretamente submetidas a arbitragem.

Do que antecede resulta que a jurisdição administrativa e a jurisdição comum, em sentido material e em sentido funcional, são, à face do texto constitucional, categorias mais amplas que o mero conjunto de tribunais estaduais com competência para a resolução das questões previstas, respectivamente, nos artigos 211.º, n.º 1, e 212.º, n.º 3, da CRP. Admite-se, por isso, que ambas as jurisdições possam vir a ser integradas, também, pelos tribunais arbitrais, na medida em que a lei ordinária admita a sua constituição para a resolução de litígios que se insiram no âmbito de cada uma daquelas ordens jurisdicionais. A concretização da permissão constitucional da arbitragem implica, bem assim, que os tribunais arbitrais constituídos para a resolução de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas sejam tidos por verdadeiros tribunais administrativos.

Em suma, ao atribuir à jurisdição administrativa "a competência para o julgamento das acções e recursos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais, em princípio, o texto constitucional admite que tais litígios possam, na sua globalidade, ser apreciados por um tribunal arbitral"[150] [151]. Perante a lei fundamental, os tribunais administrativos não são apenas os tribunais administrativos do Estado, de existência obrigatória, mas também os tribunais arbitrais com competência material para o julgamento de litígios jurídico-administrativos, de existência facultativa. Deve, por isso, entender-se que os tribunais arbitrais constituídos para o julgamento de questões jurídico-administrativas integram a jurisdição administrativa, em sentido funcional e material.

[150] JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., p. 160.

[151] Neste sentido, cfr., ainda, VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa - Lições*, cit., pp. 76-78 e 125-126. No sentido da inexistência de uma *reserva de juiz estadual*, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Tópicos Sobre o Problema do Âmbito Subjectivo da Arbitragem sobre Relações Jurídicas Multilaterais ou Poligonais de Direito Administrativo*, cit., p. 209, para quem "[p]ode, assim, dizer-se que não vigora em Portugal uma reserva de jurisdição estadual no que concerne aos litígios que envolvam a Administração Pública"; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, 3.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, p. 671, para quem "a Constituição (CRP, art. 209.º), ao admitir tribunais arbitrais, parece não afastar a ideia de reserva de juiz nas vestes de juiz arbitral"; e ALEXANDRA LEITÃO, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 396-397.

4.2.2. Restrição fundada no critério da disponibilidade do direito sobre que incide o litígio

A influência dos quadros tradicionais que viam na disponibilidade do direito sobre que incide o litígio uma limitação intransponível da esfera de arbitrabilidade no nosso ordenamento jurídico justifica que seja objecto de análise no presente estudo a questão de saber se a CRP impõe uma restrição ao âmbito da arbitragem fundada no critério da disponibilidade. Considerando a perspectiva constitucional, o que se procura agora é averiguar se do texto constitucional decorre uma tal limitação à competência dos tribunais arbitrais.

Segundo cremos, não se vislumbra no texto constitucional qualquer argumento a favor de uma limitação da esfera de competência dos tribunais arbitrais a litígios incidentes sobre direitos disponíveis. Pelo contrário, não só a CRP não especifica as questões que podem ser submetidas à jurisdição dos tribunais arbitrais ou que dela estejam necessariamente excluídas (com excepção, evidentemente, dos casos em que a exclusão da possibilidade de arbitragem decorre da atribuição a certos tribunais de competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de litígios), como a configuração constitucional da actividade desempenhada pelos árbitros como exercício de verdadeiros poderes de jurisdição milita, precisamente, em sentido oposto[152].

Considerando que não existe, no nosso ordenamento constitucional, um princípio de monopólio estadual da função jurisdicional e tendo em conta que, para a CRP, os tribunais arbitrais constituem um caso de exercício privado da função jurisdicional, não se

[152] Em sentido contrário, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* II, cit., p. 551, admitindo que a questão das limitações constitucionais em matéria de arbitrabilidade é problemática, asseveram que "seguramente […] ficam fora da possibilidade de convenções de arbitragem os direitos indisponíveis". A adoptar-se um tal entendimento, haveria que concluir, forçosamente, pela inconstitucionalidade do artigo 1.º, n.º 1, da nova LAV, quando interpretado no sentido de que são arbitráveis quaisquer litígios respeitantes a interesses de natureza patrimonial, independentemente de se tratar de direitos disponíveis ou indisponíveis. Com efeito, com a entrada em vigor da nova LAV, "[alargou-se], por comparação com a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (que se referia nesta matéria à disponibilidade dos direitos em litígio), o âmbito das questões susceptíveis de serem cometidas à decisão de árbitros, estendendo-o a litígios relativos a direitos indisponíveis, mas de índole exclusivamente patrimonial, relativamente aos quais nenhuma razão ponderosa se opõe a que sejam dirimidos por árbitros" (DÁRIO MOURA VICENTE, *in* ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 16). O entendimento manifestado por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA conduziria, assim, à necessidade de interpretar restritivamente o artigo 1.º, n.º 1, da LAV, sob pena de inconstitucionalidade material. Como se procurará explicitar no texto, não acompanhamos esta posição.

vê como poderia sustentar-se uma limitação constitucional da esfera de competência dos tribunais arbitrais a litígios respeitantes a direitos disponíveis. Uma tal posição parece, em boa verdade, fundar-se no "estranho entendimento segundo o qual, quando as partes confiam a árbitros a resolução de litígios respeitantes a situações jurídicas que se encontram na disponibilidade destas, elas estariam a delegar nos árbitros o seu poder de disposição dessas situações jurídicas, para o efeito de os incumbir de exercer esse poder de disposição em seu lugar"[153]. A nosso ver, do enquadramento constitucional da arbitragem resulta que o árbitro actua como um julgador no exercício da função jurisdicional, pelo que "o juiz em geral, e o árbitro em particular, não exercem um poder de disposição da situação subjectiva controvertida. O julgador não se substitui às partes no exercício das respectivas autonomias privadas. O seu papel é antes o de apurar os efectivos contornos de uma situação que as partes vêem diferentemente, para desse exame extrair o sentido da pronúncia correspondente à satisfação da pretensão digna de tutela"[154].

Na medida em que o árbitro não actua como um mandatário das partes, antes como um julgador, nenhuma restrição de princípio se coloca ao julgamento por árbitros de litígios que incidam sobre direitos indisponíveis. Conforme assinala ROBIN DE ANDRADE, "[d]isponibilidade de direitos não é antinomia de existência de leis imperativas: os contratos de direito privado também estão sujeitos a tais leis e no entanto pretendem ser objecto de arbitragem"[155], justamente porque, como explica MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "quando a lei adopta o critério da disponibilidade dos direitos, o que ela faz é exigir essa disponibilidade como *pressuposto* para que possa haver arbitragem sobre as situações jurídicas em causa – mas, uma vez admitida a arbitragem, a tarefa dos árbitros é a de dirimir o litígio, aplicando o Direito (e, só quando tal seja admitido, a equidade)". O instituto da arbitragem não anda, assim, pela sua própria natureza, tal como enquadrada e configurada pela lei fundamental, necessariamente ligado à disponibilidade das situações jurídicas objecto do litígio. A decisão arbitral é um acto jurisdicional e não um negócio jurídico, pelo que, como sublinha SÉRVULO CORREIA, "não se descobre a ligação necessária entre a influência da vontade das partes sobre as vicissitudes de uma relação

[153] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "Arbitragem de Direito Administrativo – Algumas Considerações", *Newsletter CAAD – Arbitragem Administrativa e Fiscal*, n.º 1, 2013, p. 21, disponível em http://www.caad.org.pt (consultado em 5.10.2013).

[154] SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, cit., p. 684.

[155] JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Arbitragem e contratos públicos*, cit., p. 953; em sentido convergente, cfr. RAÚL VENTURA, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 321: "duvido […] de que o julgamento por um tribunal arbitral de litígio sobre o direito indisponível afecte a indisponibilidade do direito".

jurídica e a influência da vontade das partes para a determinação dos seus litígios"[156].

Por certo que a CRP não define o que são tribunais arbitrais, o que levou GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA a considerar que "foi recebido o conceito decorrente da tradição jurídica vigente no direito infraconstitucional"[157]. A nosso ver, tal não pode, no entanto, significar uma *constitucionalização* do regime infraconstitucional vigente à data da entrada em vigor da revisão constitucional operada em 1982, designadamente do critério de arbitrabilidade fixado na legislação infraconstitucional então vigente, a LAV de 1986 (o que, aliás, o legislador ordinário parece ter compreendido perfeitamente com a substituição do critério da disponibilidade pelo critério da patrimonialidade dos interesses em litígio operada pela nova LAV).

Dito de outro modo, a circunstância de a CRP não definir o que deve entender-se especificamente por tribunais arbitrais – nem determinar as matérias que poderão ser submetidas a juízo arbitral – não poderá implicar que se entenda que, ao referir-se aos tribunais arbitrais, no artigo 209.º, n.º 2, a CRP contenha em si o regime de arbitrabilidade vigente ao tempo em que foi integrada no texto constitucional aquela referência aos tribunais arbitrais, de tal modo que o critério de arbitrabilidade fundado na disponibilidade do direito sobre que incide o litígio deva considerar-se, ainda, uma imposição constitucional.

Afigura-se, até certo ponto, correcto o entendimento segundo o qual a noção constitucional de tribunais arbitrais não poderá prescindir dos elementos decorrentes da tradição jurídica vigente no direito ordinário. Dizemos até certo ponto, porquanto o recurso ao direito infraconstitucional deverá limitar-se aos elementos estáticos do instituto da arbitragem e não aos seus elementos dinâmicos. O que vale por dizer que somente serão relevantes para este efeito os elementos nucleares definitórios do instituto, que se têm mantido desde os primórdios da utilização da arbitragem, e não aqueles que pudessem ser alterados ou suprimidos sem descaracterização deste instituto. A arbitrabilidade não se insere naquela categoria de elementos estáticos essenciais à correcta definição de arbitragem, a partir dos quais se reconstrói a noção constitucional de tribunais arbitrais, constituindo, antes, um aspecto dinâmico deixado ao critério do legislador ordinário.

---

[156] SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, cit., p. 235, nota 10.

[157] GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, cit., p. 550.

Em suma, como refere PEDRO SIZA VIEIRA, "a verdade é que os tribunais arbitrais exercem verdadeiros poderes jurisdicionais, e como tal são reconhecidos pela Constituição (cfr. artº 209º, n.º 2)", devendo concluir-se que "[c]ompete à lei ordinária definir os termos em que estes podem operar, não resultando da lei constitucional qualquer limitação decorrente da natureza dos direitos ou interesses em litígio"[158] [159].

4.2.3. Restrições resultantes da existência de uma reserva constitucional de administração

Tendo concluído que o legislador ordinário não se acha limitado na determinação do conjunto de matérias susceptíveis de serem cometidas à decisão de árbitros em função da disponibilidade dos direitos em litígio, e tendo também concluído que os tribunais arbitrais integram, em sentido material e funcional, a jurisdição administrativa, exercendo a função jurisdicional, vejamos, agora, se decorrem do texto constitucional limitações funcionais de cognição dos tribunais arbitrais, quando constituídos para julgar litígios emergentes de relações jurídicas administrativas.

Para quem admita a existência de uma *reserva constitucional de administração* de que decorra um limite constitucional funcional da jurisdição administrativa, colocar-se-á, pois, a questão de saber se os poderes jurisdicionais dos *árbitros administrativos* estarão constitucionalmente sujeitos a essa limitação a que se encontram sujeitos os poderes de cognição dos *juízes administrativos*, ou se a circunstância de a competência do tribunal arbitral se fundar numa convenção celebrada entre as partes poderia, de algum modo, tornar inaplicável ao tribunal arbitral aquela limitação resultante da própria natureza da função jurisdicional.

Certo é que, em caso afirmativo, ao invés de se colocar a questão, como fazem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, "de saber se a arbitrabilidade incide apenas sobre questões de mérito ou se pode alargar-se os poderes de apreciação do tribunal a questões de legalidade"[160], teria de se perguntar se, perante a CRP, a arbitrabilidade em matéria

[158] PEDRO SIZA VIEIRA, *A arbitragem no contencioso administrativo – o projecto de Código de Processo Administrativo* (inédito), p. 4.

[159] Neste sentido, cfr., entre outros, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, cit., pp. 69-70; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Arbitragem e contratos públicos*, cit., p. 945-946, 953; e JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., p. 160.

[160] GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* II, cit., p. 551.

administrativa incidiria apenas sobre questões de legalidade ou se poderia alargar-se os poderes de apreciação dos árbitros a questões de mérito (que ao juiz seria vedado conhecer).

4.2.3.1. A existência de uma reserva constitucional de administração como decorrência do princípio da separação de poderes

A resolução do problema suscitado implica, antes de mais, a análise das decorrências do princípio da separação de poderes para as relações entre o poder administrativo e o poder jurisdicional. Sendo tema vastíssimo, objecto de numerosos estudos, importa, para o que nos ocupa, proceder a uma abordagem normativamente concretizada, focando, especialmente, os aspectos essenciais à correcta colocação e resolução do problema.

O princípio da separação e interdependência dos poderes, subjacente ao nosso modelo constitucional de organização do poder político, postula a "existência de diversos sistemas de órgãos, pelos quais se encontra repartido o exercício da soberania e que devem impedir-se reciprocamente de exorbitarem do âmbito dos seus poderes"[161]. No plano funcional, a separação de poderes implica uma divisão dos poderes de soberania por funções – legislativa, administrativa e jurisdicional – e a repartição das mesmas por diversos sistemas de órgãos, aos quais incumbirá desempenhá-las em estreita harmonia e colaboração entre si. Nesta sua dimensão horizontal, a separação de poderes refere-se, assim, "à diferenciação funcional (legislação, execução, jurisdição), à delimitação institucional de competências e às relações de controlo e interdependência recíproca entre os vários órgãos de soberania"[162] [163].

[161] SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, Volume I, Editora Danúbio, Lda., 1982, pp. 17-18.
[162] GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 556.

Como refere GOMES CANOTILHO, "[a]s várias funções devem ser *separadas* e atribuídas a um órgão ou *grupo de órgãos* também separados entre si", o que não significa "uma equivalência total entre actividade orgânica e função, mas sim que a um órgão deve ser atribuída *principal ou prevalentemente* uma determinada função"[164]. Note-se que a separação de poderes não implica especialização funcional absoluta, antes aponta para uma repartição funcional dos poderes de soberania que assegure um sistema de controlo recíproco, co-responsabilidade e interdependência entre os órgãos de soberania. Assim, por exemplo, "entre nós, na função legislativa não participa apenas a AR, pois, por um lado, os actos legislativos carecem de promulgação e assinatura do PR (arts. 134.º/b e 136.º) e de referenda do Governo (art. 140.º), e, por outro lado, a AR não tem o monopólio da legiferação, cabendo ao governo fazer actos com valor legislativo como são os decretos-leis (art. 198.º)"[165] [166].

É justamente a repartição funcional de poderes tendo em vista a configuração de um sistema de interdependência entre os respectivos titulares que determina a "ilegitimidade de qualquer «deslocação» de peso funcional"[167] entre órgãos, face ao modo como se acha constitucionalmente configurada aquela repartição de poderes. Dito de outro modo, a circunstância de nenhum órgão poder ser privado, por acção de outro órgão, do

[163] Sobre o princípio da separação de poderes na ordem jurídica portuguesa, cfr., entre tantos, PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, cit., pp. 11 e ss.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 49 e ss.; ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO / PEDRO LOMBA, *in* PAULO OTERO (Org.), *Comentário à Constituição* Portuguesa, III Volume, 1.º Tomo, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 55 e ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 551 e ss.; MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República – Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, cit., pp. 154 e ss.; SÉRVULO CORREIA, "Separation of powers and judicial review of administrative decisions in Portugal", *in* CARLA ZOETHOUT / GER VAN DER TANG / PIET AKKERMANS (Orgs.), *Control in Constitutional Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 163 e ss.; NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989; e IDEM, "A separação de poderes na Constituição de 76. Alguns aspectos", *in* JORGE MIRANDA (Org.), *Nos Dez Anos da Constituição*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, pp. 145 e ss.

[164] GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 557-558.

[165] GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 559.

[166] Chamando a atenção para a originalidade do modelo português, com a atribuição ao Governo do exercício normal da função executiva e da função legislativa, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2.ª reimpressão da edição de Maio/2003, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 129-130, alerta para que "fora das matérias reservadas à competência legislativa da Assembleia da República, poder-se-á mesmo dizer que na esfera de actuação do Estado o Governo só pratica actos ilegais se o quiser, pois ele tem sempre a possibilidade de se munir de uma prévia lei habilitadora da decisão subjacente ao futuro acto administrativo a praticar [...], invertendo-se o relacionamento normal entre o poder legislativo e o poder executivo decorrente das concepções liberais setecentistas e oitocentistas". Sobre o tema, questiona SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, cit., p. 235: "Que interessa que o Governo esteja submetido à lei quando o Governo possa fazer todas e quaisquer leis?".

[167] GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 559.

núcleo essencial da função que, prevalentemente, lhe corresponde constitui, ainda, um modo de protecção do sistema constitucional de controlo recíproco e interdependência dos poderes. Assim, "em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro"[168].

Em suma, como escreve PAULO OTERO, "[a] separação de poderes determina, segundo uma ideia de adequação funcional, que o «núcleo essencial do sistema de competências» caracterizador de determinada função seja atribuído, a título principal ou prevalecente, a determinado órgão ou complexo de órgãos", não podendo um tal núcleo essencial "ser esvaziado ou descaracterizado pela intervenção das estruturas decisórias a quem está confiado o «núcleo essencial» de um outro sistema de competências identificador de diferente função do Estado"[169]. Nas palavras de ANTÓNIO CADILHA, por virtude do princípio da separação de poderes, "não é possível atribuir a um outro órgão tarefas que possam privar o detentor principal de uma certa função daquele núcleo material essencial de competências, sem o qual perderia a sua especialização funcional"[170].

Procurando caracterizar materialmente cada uma das funções de soberania, dir-se-á, em termos simples, que à função legislativa incumbe, genericamente, a produção de actos legislativos, enquanto através da função administrativa se realiza "a prossecução dos interesses públicos correspondentes às necessidades colectivas prescritas pela lei"[171]; já no desempenho da função jurisdicional, "define-se o Direito (*juris dictio*) em concreto, perante situações da vida [...], e em abstracto, na apreciação da constitucionalidade e da legalidade de actos jurídicos"[172] [173].

---

[168] GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 559.

[169] PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, cit., p. 12.

[170] ANTÓNIO CADILHA, "Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, II, Coimbra Editora, 2010, p. 167.

[171] JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, cit., p. 29.

[172] JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, cit., p. 30.

[173] Note-se que, para a realização das tarefas necessárias à prossecução do interesse público, a Administração Pública detém, também, o poder de definir o direito aplicável a uma situação individual e concreta (autotutela), definição que, se não tempestivamente impugnada (com excepção dos actos nulos), passa a vigorar definitivamente na ordem jurídica (caso resolvido). O que, neste particular, distingue a função administrativa da função jurisdicional é que, enquanto a primeira é estritamente orientada para a prossecução do interesse público, assumindo a Administração uma posição de parcialidade, na defesa dos interesses públicos, a segunda é estritamente orientada para a obtenção da paz jurídica, actuando o tribunal com imparcialidade.

O princípio da separação de poderes encontra-se umbilicalmente ligado ao modo como veio a ser estruturada a justiça administrativa, ao longo dos tempos, nos sistemas de administração executiva[174]. Primeiramente, numa concepção radical do princípio da separação de poderes, tributária do ideário da Revolução Francesa, considerava-se que um tal princípio impedia o controlo jurisdicional dos actos da Administração: "[o]s artigos 7.º do Decreto de 22 de Setembro de 1789, 13.º da Lei 16-24, de Agosto de 1790, e 3.º da Constituição de 1789, proibiam os tribunais judiciais de interferir na esfera da Administração, determinando que os juízes não poderiam, «sob pena de delito ("forfaiture"), perturbar, seja de que maneira for, as operações dos corpos administrativos, nem citar perante eles os administradores em razão das respectivas funções»"[175]. Por outras palavras, o entendimento dominante do princípio da separação de poderes postulava "não [...] apenas [...] a separação entre a função administrativa e a função judicial, impedindo que os tribunais exerçam tarefas administrativas ou as entidades administrativas tarefas jurisdicionais, mas também a impossibilidade de os tribunais conhecerem dos litígios entre a Administração e os particulares"[176]. Esta concepção da separação de poderes serviu de pano de fundo a diferentes modelos de justiça administrativa inspirados na ideia do *administrador-juiz*, em que o controlo da Administração se encontrava cometido a órgãos integrados no poder administrativo (numa fase final, já o modelo de justiça administrativa era caracterizado como um sistema de contencioso "«meio-administrativo», «meio-jurisdicionalizado», porque simultaneamente ainda ligado à Administração, enquanto manifestação derradeira do sistema do administrador-juiz, e dela autonomizado, em virtude da delegação do poder de julgar"[177]. Com a transição do sistema do administrador-juiz para a plena jurisdicionalização do contencioso administrativo, o controlo da Administração transita para o poder jurisdicional, numa "«longa marcha» [que] vai acompanhar historicamente a instauração

[174] Para uma caracterização mais aprofundada da evolução histórica da justiça administrativa, cfr., entre outros, VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa - Lições*, cit., pp. 23-46; VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*, 2.ª edição (actualizada), Coimbra, Almedina, 2009, pp. 7-168; SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, cit., em particular pp. 43-76 e 439-675; MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, *Da Justiça Administrativa em Portugal – Sua origem e evolução*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1994; e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Para um contencioso administrativo dos particulares (Esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação)*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 13-64.

[175] VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., p. 13.

[176] VASCO PEREIRA DA SILVA, *Para um contencioso administrativo dos particulares*, cit., pp. 18-19.

[177] VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, p. 33.

do modelo de Estado Social, tendo-se iniciado ainda na transição do Estado Liberal para o Estado Social (finais do século XIX e princípios do século XX) e consolidado com a efectivação do Estado-Providência (na sequência das guerras mundiais do século XX)"[178]. Vencidas as resistências opostas à plena jurisdicionalização do controlo da actividade administrativa pública, a discussão sobre o alcance do princípio da separação de poderes nas relações entre o poder jurisdicional e o poder administrativo deslocou-se da admissibilidade do controlo jurisdicional da Administração para as limitações funcionais do juiz administrativo no desempenho de um tal controlo.

Sem prejuízo dos numerosos afloramentos deste princípio jurídico constantes do texto constitucional, o princípio da separação de poderes encontra-se, actualmente, consagrado no artigo 2.º da CRP, nos termos do qual "[a] República é um Estado de direito [...] baseado [...] na separação e interdependência de poderes [...]", e, especificamente na sua dimensão orgânica, no artigo 111.º, n.º 1, da Lei Fundamental, segundo o qual "[o]s órgãos de soberania devem observar a separação e interdependência estabelecidas na Constituição", sendo que "nenhum órgão de soberania, de região autónoma ou de poder local pode delegar os seus poderes noutros órgãos, a não ser nos casos e nos termos expressamente previstos na Constituição e na lei" (n.º 2).

Interpretados os artigos 2.º e 111.º da CRP, na sua globalidade, à luz do moderno entendimento do princípio da separação de poderes consubstanciado na teoria do núcleo essencial, resulta, para cada uma das funções, uma reserva constitucional a favor dos órgãos incumbidos prevalentemente do seu desempenho, por meio da qual se assegura que tais órgãos não sejam privados do núcleo essencial da função que lhes cabe desempenhar. Ao impor aos órgãos de soberania a observância da separação e interdependência dos poderes, limitando a possibilidade de delegação dos poderes de que são titulares, a CRP visa proteger o modelo constitucional de repartição da soberania e as garantias que lhe estão associadas, designadamente a proibição de concentração de poderes potencialmente geradora do respectivo exercício de modo abusivo, a que se mostra indispensável a protecção irredutível do núcleo essencial das funções atribuídas àqueles órgãos.

Importa, neste ponto, mencionar que, embora seja habitual referir o Governo como o órgão a quem incumbe a função administrativa, é sabido que esta função é, também, desempenhada por diversas pessoas colectivas públicas, para além do Estado, e até por

[178] VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., p. 52.

sujeitos privados. Segundo cremos, embora o artigo 111.º, n.º 1, da CRP adopte uma perspectiva orgânica do princípio da separação de poderes, a protecção constitucional da repartição das funções de soberania, no atinente à função administrativa, não abrange, apenas, o poder administrativo do Governo, constituindo antes uma exigência constitucional relativamente a todas as entidades incumbidas do desempenho daquela função. Esta ideia é, de algum modo, secundada pelo n.º 2 do artigo 111.º da CRP, que limita a delegação dos poderes conferidos aos órgãos de soberania, mas também aos órgãos das regiões autónomas e do poder local. "[O] princípio da separação e da interdependência de poderes, apesar de formulado exclusivamente para os órgãos de soberania, deve ter-se, enquanto elemento sobre o qual se edifica o Estado de Direito democrático (artigo 2.º), como aplicável a todas as estruturas decisórias públicas", em termos de se poder afirmar que "[n]enhuma autoridade pode, por iniciativa própria, concentrar em si todo o poder correspondente a uma função do Estado, nem invadir a esfera decisória de autoridade integrante de diferente função do Estado"[179].

O alcance subjectivo do princípio da separação de poderes é, pois, mais vasto do que poderia sugerir uma interpretação isolada no n.º 1 do artigo 111.º da CRP, o que, aliás, sempre decorreria, por um lado, de uma exigência de protecção da coerência no sistema de controlo da actuação da Administração Pública e, por outro lado, do âmbito da tutela conferida aos interesses dos particulares no concernente às relações jurídicas administrativas. As referências que fizermos à função administrativa, neste contexto, têm, assim, em vista todos os sujeitos por que se encontra distribuído o poder administrativo para o desempenho daquela função.

No que respeita às relações entre o poder administrativo e o poder jurisdicional, importa considerar que o princípio da separação e interdependência dos poderes não se opõe ao controlo externo, pelos titulares da função jurisdicional, da actuação da Administração Pública, numa lógica de interdependência, que, assim, decorre da necessidade de dar cumprimento à garantia constitucional da tutela jurisdicional efectiva e sem lacunas (artigos 20.º, n.ºs 1 e 5, e 268.º, n.º 4, da CRP) e, também, da circunstância de a função jurisdicional se encontrar exclusivamente atribuída a órgãos externos à Administração – os tribunais (artigos 202.º, n.ºs 1 e 2, da CRP). Se o texto constitucional garante aos particulares uma tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos e interesses

[179] PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, cit., p. 11.

legalmente protegidos em matéria administrativa e se a função jurisdicional se encontra exclusivamente atribuída aos tribunais, forçoso será concluir pela necessidade de controlo da actividade administrativa pelos tribunais. Todavia, tal não significa que esse controlo seja ilimitado. Por outras palavras, a necessidade de submeter a controlo jurisdicional a actuação da Administração não significa que os tribunais, enquanto titulares exclusivos do poder jurisdicional, possam, simplesmente, substituir-se à Administração Pública no exercício da função administrativa.

Pelo contrário, haverá que harmonizar a garantia constitucional da tutela jurisdicional efectiva com a protecção da separação funcional dos poderes de soberania, que postula a separação recíproca entre a Administração e os tribunais. Com efeito, a protecção do modelo constitucional de repartição (separação e interdependência) dos poderes de soberania implica o reconhecimento de um limite estrutural à actuação dos tribunais, quando no desempenho da função jurisdicional relativamente ao controlo da actividade administrativa pública. Trata-se, bem assim, de um limite funcional da jurisdição administrativa. Como sublinha ANTÓNIO CADILHA, "o princípio da separação de poderes, na dimensão que aqui essencialmente nos interessa, de separação entre função administrativa e judicial do Estado, já não exige actualmente uma proibição genérica de os tribunais controlarem a actividade de direito público da Administração. Mas, uma vez que a intervenção dos tribunais no julgamento de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas envolve um juízo sobre a legitimidade do exercício de um outro poder público – o poder executivo –, necessariamente terão de decorrer daquele princípio da separação de poderes *limites funcionais* a esta actividade de fiscalização, por forma a evitar que ela invada o núcleo essencial da função administrativa"[180].

Em suma, o controlo exercido pelos tribunais, titulares da função jurisdicional, sobre a actividade da Administração Pública não é, por virtude do princípio da separação de poderes, um controlo ilimitado. O controlo jurisdicional não pode, portanto, comprometer o *núcleo essencial da função administrativa*, sob pena de violação daquele princípio constitucional, o qual garante a separação entre a função administrativa desempenhada pela Administração Pública e a função jurisdicional desempenhada pelos tribunais.

[180] ANTÓNIO CADILHA, *Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa*, cit., p. 167.

Quanto ao que vem a ser o núcleo essencial da função administrativa, dir-se-á, desde logo, que o núcleo irredutível da função administrativa de que a Administração não pode ser privada por acção de outros órgãos poderá variar consoante se trate das relações entre o poder administrativo e o poder legislativo ou o poder jurisdicional. É que, conforme se referiu, a CRP impõe a *separação* de poderes e a sua *interdependência*, concretizada em moldes variáveis para as relações que se estabelecem entre os órgãos incumbidos do desempenho das funções de soberania.

Assim, se, no caso das relações entre o poder administrativo e o poder legislativo, é lícito afirmar que decorre do texto constitucional "uma verdadeira «reserva de caso concreto» a favor dos órgãos administrativos"[181] [182], já nas relações entre o poder administrativo e o poder jurisdicional, por força da configuração constitucional da garantia da tutela jurisdicional efectiva, a reserva de administração terá um alcance globalmente menor, pois que a pura proibição de os tribunais aplicarem o direito a situações individuais e concretas implicaria a negação do controlo jurisdicional da actividade administrativa. A garantia constitucional da tutela jurisdicional efectiva exige que o juiz possa interferir na aplicação das normas à situação individual e concreta que lhe é submetida.

Importa começar por referir que a actuação da Administração Pública – fundada na lei e por esta limitada – comporta zonas de autonomia relativamente às quais a última palavra há-de ser, por virtude da lei, da Administração. Assim é, uma vez que, como explica MARCELLO CAETANO, nesses casos, "a vontade legislada é de que prevaleça nos casos concretos a vontade do executor"[183]. Fala-se, a este propósito, de *autonomia pública administrativa*, para designar "a margem de livre decisão permitida por lei aos órgãos da Administração"[184], enquanto "espaço de livre criação de efeitos jurídico-administrativos que resulta de uma norma habilitadora e conformadora do respectivo poder administrativo" [185] [186].

[181] PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, cit., p. 754.

[182] Cfr. JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., p. 37.

[183] MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, cit., p. 486.

[184] PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 191.

[185] BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lisboa, Lex, 1995, p. 28.

Ao contrário do que sucede com a autonomia privada, que se fundamenta "numa permissão legal genérica de relevância dos efeitos da vontade privada [...], a autonomia pública não encontra um fundamento jurídico genérico, antes resulta de uma norma atributiva da competência concreta ao respectivo órgão"[187]. Assim sendo, "enquanto no direito privado a autonomia é entendida como expressão da liberdade; no direito público, a autonomia dos órgãos é enquadrada e condicionada no âmbito da vinculação concreta ao princípio da legalidade"[188].

Com efeito, embora toda a actuação da Administração Pública encontre na lei o seu fundamento e o seu limite, nem sempre a actividade administrativa pública se encontra prefigurada na lei, com precisão, em todos os seus elementos: poderá suceder que a norma contenha em si todos os aspectos atinentes à sua execução futura – nestes casos, estar-se-á perante uma actuação administrativa (quase[189]) exclusivamente vinculada; mas poderá também suceder que a norma não prefigure todos os elementos da actuação futura da Administração, conferindo-lhe, em princípio, um espaço próprio de livre ponderação e decisão[190] – nestes casos, o exercício dos poderes administrativos combina elementos vinculados e elementos discricionários, permitindo a lei "ao órgão que em cada caso examine os aspectos concretos das circunstâncias em que tem de prosseguir o interesse público e escolha, segundo o seu critério, a conduta mais conveniente, a qual, dentro dos

[186] Sobre a margem de livre decisão administrativa, cfr., entre tantos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., pp. 84-128; ANTÓNIO CADILHA, *Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa*, cit., pp. 174-190; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, cit., pp. 483-491; SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, cit., pp. 369-413; BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, cit.; e PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, cit., pp. 191-202; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 465-500.

[187] PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, cit., pp. 191-192.

[188] PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, cit., p. 193.

[189] Como escreve DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., pp. 86-88, "em bom rigor, não há actos totalmente vinculados, nem actos totalmente discricionários. Os actos administrativos são sempre o resultado de uma mistura ou combinação, em doses variadas, entre o exercício de poderes vinculados e o exercício de poderes discricionários. [...] Todos os actos administrativos são em parte vinculados e em parte discricionários". Neste sentido, cfr., também, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, cit., p. 485.

[190] Note-se que, como assinala PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, cit., p. 199, a discricionariedade "não se limita à escolha do conteúdo de uma decisão jurídica", mostrando-se "susceptível de abranger a apreciação e ponderação de factos e interesses, além de se alargar à concretização e harmonização dos diversos interesses públicos subjacentes a uma situação concreta". Cfr., sobre o âmbito da discricionariedade administrativa, por exemplo, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., pp. 102-104; e MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, cit., pp. 490-491.

limites traçados, será considerada legal"[191] [192].

Deve, entretanto, notar-se que a vinculação administrativa à juridicidade traduz a imposição de numerosos limites à autonomia pública. A concreta identificação de um espaço de livre decisão administrativa não se basta com a constatação da menor densidade da norma atributiva de competência, antes reclamando a consideração de todas as vinculações cuja observância se impõe à Administração no exercício da competência atribuída. Dito de outro modo, os limites da margem de livre decisão não são, apenas, os que resultam da abertura e parca densidade de uma norma atributiva de competência, mas também os que resultam do *bloco de juridicidade* no seu conjunto, devendo, por isso, atender-se a todos os aspectos vinculados da actuação administrativa, por referência ao caso decidendo, para o efeito de averiguar, o conteúdo e os limites da margem de livre decisão concedida à Administração[193].

Em síntese, a maior ou menor vinculação da actuação administrativa depende, em primeira linha, da maior ou menor densidade da regulação normativa, devendo assinalar-se que a vinculação da Administração à juridicidade convoca para a decisão administrativa múltiplas vinculações provindas de um complexo sistema de fontes, com a consequente redução da margem de autonomia pública administrativa, designadamente por virtude da

[191] MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, cit., p. 485.

[192] Saliente-se que a presença de aspectos vinculados e discricionários na actuação administrativa abstrai das formas jurídicas utilizadas. O que vale por dizer que tanto no acto administrativo, como no contrato ou no regulamento, o exercício dos poderes administrativos combinará elementos vinculados e discricionários, se, para a concreta actuação que se tem em vista, o ordenamento jurídico se abstiver de conformar, de modo preciso, todos os aspectos dessa actuação.

[193] ANTÓNIO CADILHA, *Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa*, cit., p. 169, sistematiza os limites da margem de livre decisão administrativa do seguinte modo: "[o]s limites da margem de livre decisão são de dois tipos, conforme a sua origem: *vinculações legais* e *limites imanentes*. As primeiras são estabelecidas pelas próprias normas que conferem a margem de livre decisão ou por normas que sejam contextuais em relação a elas. Para além das vinculações que dizem respeito a requisitos de legalidade específicos de determinada conduta administrativa, existem quatro vinculações permanentes da margem de livre decisão: *i)* o fim a prosseguir com a conduta administrativa habilitada; *ii)* a competência subjectiva para a sua adopção; *iii)* o processo de formação da vontade; e *iv)* as formalidades essenciais e os vícios de forma. Os *limites imanentes* da margem de livre decisão, por sua vez, decorrem de normas constitucionais que, pelo seu âmbito de operatividade, incidem sobre todo e qualquer exercício de margem de livre decisão. Referimo-nos, por um lado, aos princípios da actividade administrativa consagrados nos artigos 266.º, n.ºs 1 e 2, da CRP e 4.º, 5.º, 6.º-A, 9.º e 11.º do CPA (princípios da prossecução do interesse público, da protecção das posições jurídicas subjectivas dos particulares, da proporcionalidade, da imparcialidade, da boa fé, da igualdade, da justiça, da decisão e da gratuitidade). Mas também os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos – outros que não o direito à igualdade –, enquanto direitos subjectivos afectados de modo individualizado, constituem parâmetros de validade da conduta administrativa no exercício da margem de livre decisão, sendo tarefa dos tribunais administrativos controlar a subordinação da Administração à esfera jurídico-fundamental".

consagração dos princípios gerais condutores da actividade administrativa[194].

De quanto ficou dito resulta que a função administrativa se traduz numa actividade orientada para a satisfação das necessidades colectivas que comporta espaços de autonomia para a determinação de certos aspectos da conduta do órgão incumbido do desempenho daquela função. Essa autonomia, que é recortada a partir da juridicidade que vincula a Administração Pública, nela encontrando a sua configuração, fundamento e limite, constitui, afinal, o núcleo essencial da função administrativa, de que a Administração não pode ser privada por acção dos tribunais, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.

A não ser assim, isto é, a negar-se a existência de uma reserva constitucional de administração que consista na autonomia pública administrativa, facilmente se concluiria que aos tribunais seria permitido substituir-se à Administração Pública no desempenho da função administrativa, com a consequente absorção do poder administrativo pelo poder jurisdicional. É que, uma vez submetida a actuação administrativa a todos os juízos possíveis de conformidade com as vinculações que para a Administração decorrem da juridicidade a que se encontra vinculada, o que resta é uma opção da Administração fundada na sua autonomia, que poderá ser criticável no plano da conveniência ou da oportunidade, mas não já no plano da legalidade. O controlo jurisdicional da actuação administrativa baseado em critérios de conveniência e oportunidade atingiria o coração da função administrativa[195], confundindo-se, por isso, com o próprio desempenho desta função em toda a sua extensão. Nas palavras de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "não podemos deixar de reconhecer a necessidade de preservar o núcleo irredutível do mérito, no âmbito do qual se deve admitir que as escolhas da Administração Pública se devem pautar por critérios não juridicizados e, como tal, insindicáveis pelos tribunais, sob pena de se promover a mera substituição de uma subjectividade por outra"[196]. Como escreve

[194] Sublinhe-se, aliás, que esta *legalidade principialista* – termo utilizado por PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, cit., p. 961 – é crescentemente utilizada pelo direito da União Europeia, em que a norma se limita a definir os resultados a atingir e a impor a observância de certos princípios gerais, mormente o princípio da proporcionalidade, confiando à Administração a escolha das medidas a adoptar. Sobre o tema, cfr., designadamente, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares*, cit., pp. 33-75; e PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 7 e ss., em particular pp. 34-37 e 42-45.

[195] SÉRVULO CORREIA, "Separation of powers and judicial review of administrative decisions in Portugal", cit., pp. 163 e ss.

[196] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares*, cit., p. 73.

PAULO OTERO, "através da exclusão de os tribunais controlarem as opções decisórias da Administração do âmbito da sua margem de livre escolha, assegura-se o espaço de autonomia de decisão administrativa, impedindo os tribunais de substituírem os juízos e as valorações da Administração. Deste modo, os tribunais não se transformam em Administração activa, encontrando-se esta apenas submetida ao controlo jurisdicional em áreas de estrita vinculação legal"[197].

Em síntese, como explica ANTÓNIO CADILHA, os "limites funcionais [da jurisdição administrativa] concretizam-se através da restrição da fiscalização jurisdicional à esfera da *juridicidade*, implicando que aos tribunais se atribua apenas competências para aferir da compatibilidade das decisões administrativas com a lei, os princípios gerais de direito e as normas constitucionais que integram o bloco de juridicidade. Ao fazê-lo, não estão a privar a Administração da essência da sua função material, porque esta actua num campo em que é hetero-determinada, aplicando ao caso concreto soluções pré-definidas em normas e princípios jurídicos. Já são, no entanto, de excluir do campo da jurisdição todos os poderes de decisão que englobem questões de mérito, isto é, que impliquem a avaliação da oportunidade e da conveniência da actividade administrativa, na medida em que incidem sobre a área para a qual está particularmente vocacionada a função administrativa"[198].

A identificação de uma reserva a favor dos órgãos administrativos perante os tribunais com o exercício da autonomia pública administrativa coaduna-se com o âmbito da tutela jurisdicional constitucionalmente conferida aos particulares, no âmbito dos litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, o qual corresponde, nos termos do artigo 268.º, n.º 4, da CRP, à "tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas". No mesmo sentido, a norma geral contida no artigo 20.º da CRP garante aos particulares o acesso aos tribunais "para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos".

Do texto constitucional resulta, assim, que a CRP assegura aos particulares o

[197] PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, cit., pp. 195-196.

[198] ANTÓNIO CADILHA, *Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa*, cit., p. 167.

acesso a meios de controlo jurisdicional da actividade administrativa segundo um parâmetro de *juridicidade*, na perspectiva dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, os quais constituem "posições jurídicas subjectivas de essência jurídica, de modo que a verificação da existência de uma lesão implica sempre um juízo jurídico de validade"[199]. Bem se vê, pois, que a tutela jurisdicional constitucionalmente garantida aos particulares não se estende à revisão do mérito da decisão administrativa, isto é, não abrange a revisão dos aspectos da decisão administrativa que traduzem o exercício da autonomia pública, uma vez verificada a sua conformidade com o bloco de juridicidade.

A reserva de administração configurada nos moldes antecedentes compagina-se com a densificação constitucional da função jurisdicional de que estão incumbidos os tribunais, pois que, nos termos do artigo 202.º, n.º 2, "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". Resulta deste preceito que, no que respeita ao controlo jurisdicional da actividade administrativa, o texto constitucional refere-se a um controlo que tem por critério a juridicidade de uma tal actuação, tanto numa perspectiva subjectiva, orientada para a tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, como objectiva, orientada para a intolerabilidade de uma actuação administrativa violadora da legalidade democrática[200].

A nosso ver, deve entender-se que a identificação de uma reserva de administração perante o poder jurisdicional vale, em princípio, para todos os tribunais, estaduais e arbitrais, que sejam chamados a resolver litígios que envolvam a actuação da Administração Pública[201].

Como vimos, os tribunais arbitrais, a par dos tribunais estaduais, participam no desempenho da função jurisdicional, exercendo, portanto, verdadeiros poderes

---

[199] ANTÓNIO CADILHA, *Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa*, cit., p. 168.

[200] ANTÓNIO CADILHA, *Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa*, cit., p. 168.

[201] Neste sentido, cfr. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, "O Alargamento do Âmbito das Matérias Sujeitas à Arbitragem Administrativa no Direito Português", *in* ANTÓNIO VIEIRA DA SILVA (Org.), *VI Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 172: nas matérias administrativas "sobre as quais os tribunais administrativos estaduais se não possam pronunciar por se reportarem a valorações próprias do exercício da função administrativa (oportunidade e mérito), tão pouco é lícito aos tribunais arbitrais fazê-lo"; FAUSTO DE QUADROS, *Arbitragem «necessária», «obrigatória», «forçada»: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 264; e VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa - Lições*, cit., p. 81, nota 141.

jurisdicionais sobre o objecto do litígio. No que respeita especificamente aos litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, o desempenho da função jurisdicional pelos tribunais arbitrais apresenta-se, também, "como uma actuação que envolve um juízo sobre a legitimidade do exercício de um *outro poder público*: o poder administrativo (executivo)"[202]. Conforme já se referiu, as decisões dos tribunais arbitrais, sendo tomadas no exercício de poderes jurisdicionais, têm a virtualidade de se tornarem definitivas e obrigatórias. Porque assim é, forçoso será considerar que a garantia constitucional da separação de poderes impede o controlo jurisdicional da actuação administrativa com base em critérios de conveniência ou oportunidade. A não ser assim, ocorreria a substituição da Administração pelos tribunais arbitrais no exercício da autonomia pública administrativa, com a consequente concentração, nos tribunais arbitrais, das funções jurisdicional e administrativa, em toda a sua extensão, o que constituiria uma violação grosseira do modelo constitucional de repartição dos poderes de soberania.

Note-se que a circunstância de a competência dos árbitros ter um fundamento complexo – o direito objectivo, por um lado, e a convenção de arbitragem, por outro – em nada altera a conclusão de que a reserva de administração vale, também, perante os tribunais arbitrais. Ou seja, a circunstância de o litígio ser deferido por convenção de arbitragem celebrada entre as partes e, portanto, também pela Administração, não tem por efeito permitir que os árbitros julguem a actividade administrativa com base em critérios de conveniência ou oportunidade, precisamente porque tal implicaria já *administrar*, forçando a reconhecer-se na convenção de arbitragem uma *delegação de poder administrativo* nos árbitros.

Neste sentido, escreveu JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL que "parece difícil aceitar, à luz do princípio da separação de poderes, que os tribunais arbitrais possam julgar litígios nos quais está apenas em causa o exercício de poderes discricionários. […] Na verdade, é a vontade da Administração Pública que, primeiramente, determina que um litígio, inserido na área da sua discricionariedade, possa vir a ser apreciado por um tribunal arbitral. Porém não podem deixar de ser colocadas sérias reservas a esta orientação, à face do quadro constitucional, se, de facto, a Administração Pública pode confiar a um tribunal arbitral o preenchimento da sua margem de livre apreciação. Julgar a Administração, nestes termos,

[202] VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa - Lições*, cit., p. 78.

muito provavelmente será já administrar"[203].

Por nossa parte, consideramos que o princípio da separação de poderes não reclama aplicação, apenas, na interpretação das normas de competência dos diversos órgãos incumbidos do desempenho de funções de soberania, por forma a garantir que nenhum órgão é privado do exercício do núcleo essencial da função que, prevalentemente, lhe corresponde por acção de outro órgão, mas constitui, igualmente, um obstáculo à delegação de poderes entre aqueles órgãos, precisamente para que se não subverta o modelo constitucional de repartição dos poderes de soberania. Deve, por isso, entender-se que a circunstância de a competência do tribunal arbitral se fundar, também, em convenção de arbitragem não torna possível, à luz do artigo 111.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, o julgamento da actuação administrativa com base em critérios de conveniência ou oportunidade, justamente porque o texto constitucional se opõe a que a Administração possa delegar noutros órgãos incumbidos do desempenho de funções de soberania, designadamente os tribunais, o núcleo essencial da função que lhe cabe desempenhar.

4.2.3.2. A existência de uma reserva de administração como decorrência do modelo constitucional de legitimação do exercício dos poderes

A negação de uma reserva constitucional do exercício da autonomia pública administrativa a favor dos órgãos administrativos, com a consequente permissão do controlo jurisdicional, por tribunais estaduais ou arbitrais, da actuação administrativa baseado em critérios de legalidade e de conveniência ou oportunidade, acarretaria, ainda, a subversão do modelo constitucional da legitimação do exercício dos poderes de soberania. Na verdade, subjacente ao modelo constitucional de repartição funcional e orgânica dos poderes de soberania, está, ainda, um modelo de repartição dos poderes soberanos segundo a diferente legitimação dos titulares dos órgãos incumbidos do seu exercício. Pense-se, por exemplo, na função legislativa: os titulares dos órgãos aos quais a lei fundamental comete o exercício do poder legislativo – a Assembleia da República e o Governo – são designados através de mecanismos de representação política, directa no primeiro caso e indirecta no segundo, que legitimam o exercício daqueles poderes e, bem

[203] JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., p. 217.

assim, asseguram a democraticidade (formal) do desempenho da função legislativa. A atribuição do poder legislativo à Assembleia da República e ao Governo parece, pois, indissociável das especiais exigências de legitimidade democrática dos respectivos titulares, assim se assegurando a realização de uma dimensão fundamental da vertente democrática do Estado de Direito. Por aqui se vê, com clareza, que a natureza dos poderes concretamente atribuídos aos diferentes órgãos de soberania não abstrai do modelo de legitimação dos respectivos titulares.

Importa, a este propósito, verificar que a Administração beneficia, em diferentes graus e com intensidade variável, da legitimidade democrática dos titulares dos seus órgãos: indirecta, no caso das Administrações estaduais (através do seu órgão de topo, o Governo), e directa, no caso da Administração autónoma (refira-se, a título de exemplo, os órgãos representativos do poder local). Desta legitimidade democrática da Administração decorrem, pelo menos, duas importantes consequências: por um lado, verifica-se que a Administração está, em maior ou menor grau, sujeita a uma certa responsabilidade política pelas decisões que toma; e, por outro lado, constata-se que a actuação administrativa, quando no exercício de poderes discricionários, orienta-se por uma concepção do interesse público fundada nas orientações políticas sufragadas pelos mecanismos que asseguram a legitimidade democrática. Os órgãos administrativos "dispõem de uma base democrática, directa ou indirecta, e as suas decisões estão sujeitas à crítica de um ponto de vista moral, técnico ou puramente político. Os órgãos que exercem o controlo político – desde logo, o Parlamento – e o eleitorado podem sancionar a Administração central e local pelas decisões que, sendo inquestionáveis na perspectiva jurídica, são, no entanto, desadequadas às necessidades sociais que visam satisfazer"[204]. Pode, por isso, afirmar-se que "integram o perfil funcional da Administração a legitimidade democrática e a responsabilidade política"[205].

Já no que respeita aos tribunais, "a posição constitucional do juiz não é pautada pela relação de representação ou pelo *carácter de representatividade*, exigidos, em geral, para os restantes órgãos de soberania. Embora administrem formalmente a justiça «em nome do povo» (e, nesta medida, realizem os interesses de todo o povo), os juízes não

[204] ANTÓNIO CADILHA, *Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa*, cit., p. 169.

[205] ANTÓNIO CADILHA, *Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa*, cit., p. 169.

desenvolvem, como os órgãos político-representativos, actividades de direcção política"[206], não beneficiando de legitimidade fundada num vínculo de representação política. Os tribunais "não assumem políticas de satisfação dos interesses colectivos democraticamente legitimados através de um processo eleitoral" e o seu "estatuto de independência isenta os juízes de qualquer tipo de responsabilidade política"[207]. Estas conclusões valem, também, para os tribunais arbitrais, já que, quando exercem o seu *poder de julgar*, os árbitros satisfazem "com a sua actividade fins gerais de toda a actividade jurisdicional"[208], em termos equivalentes ao juiz estadual, sem que, apesar de terem sido escolhidos pelas partes ou segundo o modo por estas acordado, se verifique quanto a eles qualquer vínculo de representação política perante o titular da soberania. O vínculo que liga os tribunais, estaduais e arbitrais, ao povo, em nome do qual exercem poderes jurisdicionais, já o referimos, trata-se "de um puro vínculo jurídico, sem qualquer ideia de representação política ou de democraticidade legitimadora da intervenção decisória dos juízes"[209] e dos árbitros.

Bem se vê, pois, que a atribuição aos tribunais do poder de revisão da actuação administrativa com base em critérios de conveniência ou oportunidade implicaria, por um lado, o esvaziamento da responsabilidade política da Administração, na medida em que esta deixa de ter a última palavra sobre o mérito da sua actuação, e, por outro lado, que a execução das normas, nos aspectos que não forem vinculados, deixaria de se guiar pelos próprios critérios políticos da Administração definidos de acordo com as orientações sufragadas pelos mecanismos de representação que asseguram a legitimidade democrática e passaria a reger-se, antes, pelos próprios critérios subjectivos do julgador, não sujeito, como vimos, a um tal vínculo de representação política. Como escreve BERNARDO AYALA, "[a] ideia de que a Administração responde politicamente pelas suas decisões discricionárias é, em certa medida, um argumento em favor da reserva de administração em face do juiz, irresponsável nessa qualidade e imune, em larga escala, às consequências do debate público. Ao contrário da instância judicial [e arbitral], a Administração [desejavelmente] sofrerá quase sempre com as más escolhas que fizer no quadro da sua

[206] GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 658.

[207] ANTÓNIO CADILHA, *Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa*, cit., p. 169.

[208] LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, cit., p. 194.

[209] PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, cit., p. 417.

margem de livre decisão, pois quando o ataque não vier do Parlamento – art. 165/a CRP [actual 162.º, alínea a)] – ainda terá de contar com o cutelo da opinião pública e, nalguns casos, com a maior ou menor proximidade das eleições, das quais dependerá a continuidade em funções do órgão decisor", enquanto o juiz ou o árbitro "nada teria a temer se tomasse uma opção desacertada ou inconveniente (ainda que legal)"[210].

Assim, se os tribunais, estaduais ou arbitrais, dispusessem de poderes de revisão da actuação administrativa com base nos seus próprios critérios e não apenas na juridicidade de uma tal actuação, seria posto em causa o próprio modelo constitucional de legitimação do exercício da autonomia pública administrativa, um "meio peculiar de aplicação de normas jurídicas"[211] legitimado por um certo vínculo de representação política, que assegura o exercício da autonomia pública segundo orientações políticas secundárias definidas por via democrática[212]. Também por este motivo, em estreita relação com a garantia constitucional da separação de poderes, se conclui pela existência de uma reserva de administração perante os tribunais, arbitrais e estaduais, correspondente ao exercício da margem de livre decisão legalmente confiada à Administração.

4.2.3.3. Decorrências da existência de uma reserva de administração para a arbitrabilidade em matéria administrativa

De quanto ficou dito, pode concluir-se que a Administração beneficia de uma reserva constitucional a seu favor, perante os tribunais, quanto aos aspectos da sua actuação que traduzem o exercício da autonomia pública administrativa, enquanto margem de livre decisão que lhe é legalmente conferida. A existência de uma tal reserva de administração, que tem fundamento constitucional no princípio da separação de poderes acolhido nos artigos 2.º e 111.º da CRP e no modelo constitucional de legitimação do

[210] BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, cit., p. 95.

[211] SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, cit., pp. 471-472.

[212] Alertando para uma situação de "fuga" dos particulares para os tribunais, BARBOSA DE MELO, "Parâmetros constitucionais da justiça administrativa", *in* MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Reforma do Contencioso Administrativo – O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 384-385, sublinha – a nosso ver, muito correctamente – que "essa «fuga» para o *3.º Poder* poderá acabar por o desacreditar. Tende a favorecer a sua *absolutização*, conferindo aos tribunais uma dominância sem limites no Estado. Entretanto, na sociedade comunicacional o absolutismo *jurisdicional* pode tomar formas novas e não menos perversas do que as antigas. [...] [A] crescente viragem do mundo ocidental para o poder judicial e a sua iminente *absolutização* traz no ventre, como o cavalo de Tróia, riscos e perigos temerosos para a ideia do Estado de Direito e para os ideais democráticos".

exercício dos poderes de soberania gera quatro importantes consequências, no domínio da arbitragem:

i) Em primeiro lugar, uma limitação funcional dos poderes cognitivos dos árbitros, quando actuem no âmbito de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas: os árbitros poderão fiscalizar a actuação administrativa com base num parâmetro de *juridicidade*, sendo-lhes, todavia, vedado julgar a Administração com base em critérios de conveniência ou oportunidade da respectiva actuação;

ii) Em segundo lugar, uma proibição constitucional de delegação nos árbitros de poderes de exercício da autonomia pública;

iii) Em terceiro lugar, um parâmetro de interpretação[213] das normas infra-constitucionais sobre arbitrabilidade em matéria administrativa, impondo a interpretação de tais normas no sentido de se encontrarem excluídas do âmbito da arbitragem as questões de mérito da actuação administrativa;

iv) Em quarto lugar, um parâmetro de validade das normas infra-constitucionais sobre arbitrabilidade em matéria administrativa, determinando a inconstitucionalidade das normas que permitam a submissão a arbitragem de questões de mérito da actuação administrativa, se não for possível extrair delas um sentido conforme à Constituição.

4.3. O direito de acesso aos tribunais: o princípio *pro actione*

Ao admitir a criação de tribunais arbitrais, a CRP reconhece, como vimos, a possibilidade da existência de uma *jurisdição privada*, a par da *jurisdição pública*. Assim sendo, considerando que "a categoria de tribunal é constitucionalmente reconhecida aos tribunais arbitrais e a sua dignidade constitucional é afirmada, sendo igualmente reconhecida a natureza jurisdicional da actuação dos árbitros e do funcionamento do tribunal arbitral"[214], deverão ser cuidadosamente ponderadas as relações que se

[213] Sobre as normas constitucionais como parâmetro de interpretação das normas infra-constitucionais, cfr., por exemplo, CRISTINA M. QUEIROZ, *O princípio da interpretação conforme a Constituição – Questões e Perspectivas*, Porto, 2010, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CQueiroz10.pdf (consultado em 5.10.2013).

[214] ISABEL CELESTE FONSECA, "A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?", *in* ISABEL CELESTE FONSECA (Org.), *A Arbitragem Administrativa e Tributária - Problemas e Desafios*, cit., p. 176, nota 29.

estabelecem entre o artigo 20.º da CRP e a arbitragem, para o efeito de averiguar se daquele preceito decorre alguma consequência em matéria de arbitrabilidade.

Sob a epígrafe "[a]cesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva", o artigo 20.º, n.º 1, da CRP estabelece que "[a] todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos". Segundo o disposto neste preceito, a lei fundamental assegura a todos o direito de acesso aos tribunais, suscitando-se, bem se vê, a questão de saber se os tribunais a que a norma se refere são, somente, os tribunais estaduais ou, também, os tribunais arbitrais.

Segundo cremos, esta norma não pode deixar de ser interpretada à luz do que na CRP se dispõe sobre os tribunais, enquanto órgãos incumbidos do exercício da função jurisdicional. Como vimos, os tribunais arbitrais constituem, perante o texto constitucional, verdadeiros tribunais, dotados de poder jurisdicional para a resolução dos litígios que lhes sejam submetidos, o que resulta, com manifesta clareza, do artigo 209.º da CRP. Como também verificámos, as referências constitucionais aos tribunais devem ser interpretadas com a amplitude que lhes conferem as demais disposições constitucionais sobre tais órgãos, especialmente o artigo 209.º, que enuncia as diferentes categorias de tribunais. Como sublinhou o TC, "a interpretação sistemática da lei fundamental impõe que os conceitos jurídicos utilizados na Constituição devam ser lidos com a dimensão e alcance que ela própria lhes dá"[215], o que remete para as diversas categorias de tribunais referidas no artigo 209.º do texto constitucional. Só assim não ocorrerá, caso a própria norma a interpretar proceda a uma distinção entre categorias de tribunais ou, pela sua própria razão de ser, não deva considerar-se aplicável a certa categoria de tribunais: mas estes serão casos excepcionais, já que a generalidade das referências constitucionais aos tribunais deve ser interpretada com a extensão que o próprio texto constitucional estabelece.

A nosso ver, da conjugação do artigo 20.º, n.º 1, com o artigo 209.º da CRP podem extrair-se, no atinente à garantia constitucional do acesso aos tribunais, duas importantes consequências:

- Em primeiro lugar, considerando que o artigo 209.º efectua uma distinção entre tribunais de existência obrigatória e tribunais de existência facultativa, deve

[215] Acórdão identificado na nota 100.

entender-se que o direito de acesso aos tribunais previsto no artigo 20.º se encontra assegurado com a possibilidade de recurso aos tribunais de existência obrigatória, todos eles tribunais do Estado;

- Em segundo lugar, atendendo ao enquadramento constitucional dos tribunais de existência obrigatória e de existência facultativa, incluindo os tribunais arbitrais, como verdadeiros tribunais, à luz do artigo 209.º, o recurso aos tribunais de existência facultativa consubstancia um modo de exercício do direito de acesso aos tribunais, para os efeitos previstos no artigo 20.º.

Em síntese, o artigo 20.º, n.º 1, da CRP não impõe a criação dos tribunais de existência facultativa, designadamente dos tribunais arbitrais, mas, uma vez instituídos, os tribunais de existência facultativa devem ter-se por relevantes para o efeito do exercício do direito de acesso aos tribunais previsto naquele preceito. O direito de acesso aos tribunais surge, assim, no texto constitucional com um conteúdo obrigatório mínimo – garantindo o direito de acesso aos tribunais cuja existência é imposta pela lei fundamental – e um âmbito de expansão potencial – abrangendo a garantia de acesso aos tribunais de existência facultativa –, cuja concretização a CRP deixa a cargo do legislador ordinário, segundo o seu prudente critério. Para efeitos do disposto no artigo 20.º, n.º 1, da CRP, pode afirmar-se que o direito de acesso aos tribunais constitui um direito fundamental de acesso a todos os tribunais, públicos e privados, mas a Constituição condiciona a operatividade do preceito quanto a estes últimos *à concretização infraconstitucional da permissão de criação dos tribunais arbitrais*.

Se bem que o direito de acesso aos tribunais consagrado no texto constitucional não imponha a criação de tribunais arbitrais, a concreta instituição destes tribunais, pelo direito infraconstitucional, constitui, ainda, uma concretização deste direito fundamental, na medida em que corresponde a um *aperfeiçoamento* ou *completamento* dos meios de tutela jurisdicional efectiva dos cidadãos, os quais passam, assim, a dispor, em muitas matérias, de *duas vias em alternativa para tutela dos seus direitos e interesses legalmente protegidos: a jurisdição dos tribunais do Estado e a jurisdição arbitral*. Como considerou o TC, em acórdão proferido em 1996, "[a] existência de tribunais arbitrais voluntários é ela própria, uma concretização do direito de acesso aos tribunais, uma vez que, para a

Constituição, não há apenas tribunais estatais"[216] [217].

Desta ideia de que a arbitragem constitui um desenvolvimento do direito de acesso aos tribunais, por via do reforço dos meios de tutela jurisdicional de que dispõem os cidadãos para tutela dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, resulta que a arbitragem não poderá ser alheia às exigências constitucionais em matéria de acesso aos tribunais e tutela jurisdicional efectiva, tendo em conta, evidentemente, as especificidades do instituto. Assim, considerando que a referência aos tribunais constante do artigo 20.º da CRP deve ser interpretada como respeitando a todos os tribunais, estaduais e arbitrais, à luz do conceito constitucional de tribunais que emerge do artigo 209.º da CRP, deve entender-se que as dimensões garantísticas do artigo 20.º da CRP devem ser tidas em conta, por um lado, na regulação infraconstitucional da arbitragem e, por outro lado, na interpretação dos regimes infraconstitucionais da arbitragem, ponderadas que sejam as especificidades da jurisdição arbitral também acolhidas pelo texto constitucional com a recepção do conceito de tribunal arbitral tradicionalmente vigente na nossa ordem jurídica[218].

Uma das mais relevantes dimensões do artigo 20.º da CRP para o objecto do nosso estudo é o princípio *pro actione*, ou princípio do favorecimento do processo, emergente da

[216] Acórdão do TC n.º 506/96, de 21 de Março de 1996. Cfr., ainda, neste sentido, acórdão do TC n.º 311/08, proferido em 30 de Maio de 2008, no qual se trata a arbitragem como um modo de exercício do direito à tutela jurisdicional efectiva e não como uma renúncia a esse direito.

[217] Considerando que "[h]á no Direito português um direito fundamental à arbitragem como modalidade do direito à tutela jurisdicional efectiva, reconhecido pelo artigo 20.º da Constituição", cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Arbitragem «necessária», «obrigatória», «forçada»: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 258. No mesmo sentido, escreve LUÍS CABRAL DE MONCADA que "[a] Constituição da República Portuguesa (CRP) não se limita a viabilizar objectivamente no n.º 2 do seu art. 209.º essas instituições judiciais que são os tribunais arbitrais. Além disso, considera a arbitragem como um corolário do direito de *acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva*, nos termos do n.º 1 do art. 20.º […]" ("A Arbitragem no Direito Administrativo; Uma Justiça Alternativa", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. 7 (2010), disponível em http://sigarra.up.pt/fdup/publs_pesquisa.formview?p_id=4266 (consultado em 5.10.2013) p. 172). Em sentido contrário, PEDRO GONÇALVES, considera que "a garantia do artigo 20.º/1 é a do direito de acesso a *tribunais estaduais*, não tendo sentido dizer-se que ali se garante o *acesso* a tribunais a constituir por iniciativa dos interessados. O que a instituição de tribunais arbitrais representa, ou pode representar, é a *voluntária renúncia* ao direito de acesso aos tribunais do Estado" (*Entidades Privadas com Poderes Públicos (O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas)*, cit., pp. 565, nota 450). Ora, como sublinha MIGUEL GALVÃO TELES, "nada conceptualmente impede de conceber um direito de acesso aos tribunais restrito aos tribunais estaduais, de modo que o recurso à arbitragem envolvesse renúncia àquele direito [...]. Mas também nada obsta a que a arbitragem voluntária seja configurada como modo de exercício de direito de acesso aos tribunais. A obrigação do Estado respeitaria especificamente a disponibilizar tribunais estaduais, mas os particulares poderiam optar por outras vias, para satisfação do interesse na tutela jurisdicional" (*A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional*, cit., p. 270).

[218] Sobre alguns problemas suscitados pela aplicação do artigo 20.º da CRP aos tribunais arbitrais, cfr. ISABEL CELESTE FONSECA, *A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?*, cit., pp. 61-80.

conjugação do direito ao processo com o direito à tutela jurisdicional efectiva. Este princípio "impede que simples obstáculos formais sejam transformados em pretextos para recusar uma resposta efectiva à pretensão formulada. A ideia de *favor actionis* aponta, outrossim, para a atenuação da natureza rígida e absoluta das regras processuais"[219], impondo "uma interpretação e aplicação das normas processuais no sentido de favorecer o acesso ao tribunal […]"[220]. O princípio *pro actione* opera no âmbito do direito processual, sem distinção de ordens jurisdicionais ou categorias de tribunais, havendo, por isso, que tomá-lo em consideração na interpretação das normas infraconstitucionais reguladoras da arbitragem, enquanto via de reforço do direito de acesso aos tribunais.

A relevância de um tal princípio para a interpretação das normas reguladoras da arbitragem manifesta-se, com particular acuidade, no atinente à interpretação das disposições que, de algum modo, limitam o recurso à arbitragem, reclamando que tais normas sejam interpretadas num sentido que extraia delas todas as virtualidades que comportam e impedindo uma interpretação restritiva das mesmas[221]. Na medida em que o recurso à arbitragem é condicionado pela arbitrabilidade do litígio, este princípio constitucional impõe, assim, uma interpretação ampla e aberta das normas infraconstitucionais sobre arbitrabilidade.

[219] RUI MEDEIROS, *in* JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição (revista, actualizada e ampliada), Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, pp. 439-440.

[220] VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa - Lições*, cit., p. 436.

[221] Em sentido convergente, LUÍS CABRAL DE MONCADA, *A Arbitragem no Direito Administrativo; Uma Justiça Alternativa*, cit., p. 172: "Esta chamada de atenção para a natureza jusfundamental da arbitragem é essencial para se compreender que a possibilidade do recurso à arbitragem não pode deixar de ser entendida em sentido amplo, de modo a honrar a consistência daquele direito, apesar das hesitações do legislador ordinário".

PARTE II

Admissibilidade e limites do controlo arbitral de actos administrativos no ordenamento jurídico português

1. A arbitragem de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas: generalidades

1.1. Coordenadas gerais do regime jurídico da arbitragem administrativa

A disciplina da arbitragem administrativa emerge de um complexo normativo de fontes diversas, que, mantendo o carácter unitário do instituto[222], cria um regime especial para a arbitragem de litígios sobre relações jurídicas administrativas, atendendo às especificidades decorrentes da natureza jurídica administrativa de tais litígios. A título introdutório, importa verificar as coordenadas gerais de um tal complexo normativo, procurando evidenciar as respectivas fontes.

O CPTA dedica, integralmente, o seu Título IX à arbitragem de litígios jurídico-administrativos: as normas primariamente aplicáveis à arbitragem de litígios incidentes sobre relações jurídicas administrativas são, por conseguinte, as constantes dos artigos 180.º a 187.º do CPTA, aí se regulando alguns aspectos nucleares da arbitragem administrativa, com destaque para a fixação das matérias passíveis de ser submetidas à apreciação de tribunais arbitrais. Em boa verdade, como assinala ROBIN DE ANDRADE, o CPTA "modifica o próprio regime legal da arbitragem, criando um regime especial para a arbitragem em questões de direito administrativo, introduzindo diversas particularidades da lei reguladora da arbitragem administrativa"[223]. É esse, pois, o sentido da ressalva constante do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA relativamente à possibilidade de existirem regimes especiais sobre o recurso à arbitragem para a resolução de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, evidenciando, assim, a configuração do regime contido no CPTA como um verdadeiro *regime comum da arbitragem administrativa*, em relação ao qual aqueles seriam especiais. "Esta questão tem importância material, pois o regime estabelecido pelo CPTA tem os seus princípios próprios, à luz dos quais as suas disposições devem ser entendidas, e só subsidiariamente são aplicáveis os princípios do

[222] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Tópicos Sobre o Problema do Âmbito Subjectivo da Arbitragem sobre Relações Jurídicas Multilaterais ou Poligonais de Direito Administrativo*, cit., p. 212.

[223] JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Arbitragem e contratos públicos*, cit., p. 952.

regime geral da LAV"[224].

Cumpre, neste ponto, assinalar que, a par das disposições do CPTA primariamente aplicáveis à arbitragem de litígios incidentes sobre relações jurídicas administrativas, devidamente interpretadas à luz dos princípios gerais do contencioso administrativo, são, também, directamente aplicáveis à arbitragem administrativa algumas normas constantes da LAV que especificamente se referem à arbitragem que tenha por objecto litígios jurídico-administrativos: os artigos 1.º, n.º 5, e 59.º daquele diploma. No mais, sendo a LAV "um diploma fundamentalmente situado no campo do Direito Processual Civil"[225] [226], as disposições dela constantes constituem normas de direito processual civil, directamente aplicáveis, portanto, à arbitragem que tem por objecto litígios de direito privado e não à arbitragem administrativa[227].

Sucede, entretanto, que os artigos 180.º a 187.º do CPTA (e os artigos 1.º, n.º 5, e 59.º da LAV), não esgotam a regulação dos vários aspectos que interessam à arbitragem administrativa, suscitando-se um amplo conjunto de questões, de significativa relevância, que não se encontram reguladas nas citadas disposições.

Relativamente a algumas destas questões – as respeitantes à constituição e ao funcionamento do tribunal arbitral – o legislador remeteu, expressamente, para o regime constante da lei sobre arbitragem voluntária, ressalvando que a transposição de um tal

[224] JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Arbitragem e contratos públicos*, cit., p. 952.

[225] SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, cit., p. 239. Para este autor, "de um modo geral, as normas que integram aquela lei [a LAV de 1986] são de processo civil. O próprio diploma veio substituir um título do Código de Processo Civil. E, nos seus preceitos de abertura (artigo 1.º, n.ºs 1 e 2) , ele contrapõe a arbitragem ao julgamento pelos tribunais judiciais assim como, no n.º 2 do artigo 26.º, conserva a regra – retirada do sistema do Código de Processo Civil – da equivalência entre a decisão do tribunal arbitrais e a decisão do tribunal judicial de 1.ª instância. No entanto, quando, na primeira parte do n.º 4 do artigo 1.º da Lei n.º 31/86, se determina que, fora dos litígios respeitantes a relações de direito privado, o Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem se para tanto forem autorizados por lei especial, transcende-se o âmbito específico do processo civil para atingir um princípio geral do processo. Mas isso é natural: raros são os códigos ou diplomas codificadores onde tal não sucede, sem que a emergência de princípios gerais de direito desvirtue o carácter sectorializado do diploma globalmente considerado" (p. 254). Este entendimento vale, também, a nosso ver, para a generalidade das normas que integram a LAV. Apesar de neste diploma se privilegiar, nas suas diversas disposições, a referência a tribunais estaduais, e não já aos tribunais judiciais, como sucedia com a LAV de 1986, continua a afigurar-se fundado o entendimento segundo o qual a LAV regula a arbitragem de litígios jurídico-privados, constituindo o seu âmbito de aplicação essencialmente o mesmo que o do CPC.

[226] No sentido de que a generalidade das normas que integravam a LAV de 1986 era de processo civil, cfr. acórdão do STJ de 11 de Março de 1999, proferido no processo n.º 98B1128.

[227] Considerando que "a LAV será sempre aplicável à regulação de tais litígios [de direito público] se uma expressa norma legal para ela remeter", não sendo, por isso, directamente aplicável à arbitragem administrativa, cfr. PAULO OTERO, *Arbitragem interna de litígios de Direito público: a publicização da arbitragem interna de Direito privado*, cit., p. 184.

regime para o domínio da arbitragem administrativa se fará com as *devidas adaptações*, conforme resulta do disposto no artigo 181.º, n.º 1, do CPTA. Deve, assim, entender-se que, quanto aos aspectos mencionados – a constituição e o funcionamento do tribunal arbitral –, são aplicáveis, em primeira linha, por expressa remissão legal, as disposições constantes da LAV[228], com as adaptações que se revelem necessárias.

Quanto às demais questões não reguladas no Título IX do CPTA e não abrangidas pelo âmbito da remissão do artigo 181.º, n.º 1, para a LAV, consideramos que a solução passará, em primeira linha, pela aplicação, devidamente adaptada, das disposições constantes do CPTA que, pela sua razão de ser, não devam considerar-se exclusivamente aplicáveis aos meios processuais da jurisdição estadual – o que resulta, por um lado, da inserção sistemática da arbitragem administrativa neste diploma e, por outro lado, da circunstância de a expressa remissão legal para a LAV estar limitada às questões atinentes à constituição e ao funcionamento do tribunal arbitral – e, em segunda linha, pela aplicação das soluções contidas na LAV, com as necessárias adaptações[229], por força da

[228] Nos termos do artigo 181.º, n.º 1, do CPTA, "[o] tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre arbitragem voluntária, com as devidas adaptações". Aquando da entrada em vigor do CPTA, a lei da arbitragem voluntária em vigor era a LAV de 1986, considerando-se que a remissão operada pelo preceito em análise tinha em vista aquele diploma (neste sentido, cfr., entre outros, VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa - Lições*, cit., p. 121; e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA , *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p.1152). Com a entrada em vigor da LAV e a consequente revogação da LAV de 1986, suscita-se a questão de saber se a aludida remissão para a lei sobre arbitragem voluntária deve ser interpretada como reportando-se à LAV ou como continuando a reportar-se à LAV de 1986. Segundo cremos, ao remeter para a lei de arbitragem voluntária, o preceito em análise visa, tão somente, clarificar que, na falta de disposição especial, são aplicáveis, nos domínios compreendidos na respectiva previsão, as soluções previstas na lei geral sobre arbitragem voluntária, pondo em evidência a existência de domínios que não merecem tratamento distinto consoante se trate de tribunais arbitrais da jurisdição administrativa ou da jurisdição comum. Não nos parece, portanto, que a mencionada remissão haja sido estabelecida em razão do específico conteúdo das normas integrantes da lei de arbitragem voluntária vigente aquando da entrada em vigor do CPTA. Assim, a nosso ver, nenhum obstáculo parece colocar-se a uma interpretação do artigo 181.º, n.º 1, do CPTA no sentido de que é aplicável à constituição e funcionamento dos tribunais arbitrais administrativos o regime contido na LAV, por ser esta a lei de arbitragem voluntária que se encontra actualmente em vigor. Como nota DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, I, 2.ª edição, Lisboa, 1968, p. 298, "a remissão genérica traduzida pela referência a um dado instituto será quase sempre dinâmica. Quando uma lei remete para o regime de certo instituto não visa, em geral, a sua regulamentação originária mas antes o regime que existir no momento em que haja de proceder-se à sua aplicação". O preceito em análise contém, em suma, uma remissão dinâmica ou formal, que acolhe eventuais alterações às normas remitidas. Sobre os problemas suscitados pelas normas remissivas, cfr. DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, I, 2.ª edição, Lisboa, 1968, pp. 295-303.

[229] A aplicação da LAV no domínio da arbitragem administrativa não prescinde de uma cuidadosa ponderação das soluções contidas em tal diploma, com vista à sua adaptação aos quadros próprios do contencioso administrativo. Como sublinha SÉRVULO CORREIA, "Unidade ou pluralidade de meios processuais principais no contencioso administrativo", *Reforma do Contencioso Administrativo - O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, I, Coimbra Editora, 2003, p. 711, "as especificidades das relações jurídico-administrativas requerem um quadro processual específico quando aquelas comportam o exercício de poderes da Administração".

remissão operada pelo artigo 1.º do CPTA para o direito processual civil. Constituindo a LAV "um diploma fundamentalmente situado no campo do Direito Processual Civil"[230] [231], a sua aplicabilidade à arbitragem administrativa resultará, fora do âmbito da remissão do artigo 181.º, n.º 1, do CPTA, da aplicação subsidiária do direito processual civil, *ex vi* artigo 1.º do CPTA.

Em síntese, o regime jurídico da arbitragem administrativa resulta de um complexo normativo de fontes diversas, cuja rigorosa determinação nem sempre se afigurará tarefa fácil, não prescindindo, certamente, de uma análise ponderada e cuidadosa da razão de ser das normas em causa, perante a questão jurídica a resolver. Parece, todavia, relativamente seguro afirmar que o complexo normativo a que aludimos se estrutura da seguinte forma:

(i) Em primeiro lugar, são aplicáveis à arbitragem administrativa as normas constantes dos artigos 180.º a 187.º do CPTA, bem como os artigos 1.º, n.º 5, e 59.º da LAV;

(ii) Em segundo lugar, nas matérias atinentes à constituição e ao funcionamento do tribunal arbitral, são aplicáveis as normas integrantes da LAV;

(iii) Em terceiro lugar, nas matérias não atinentes à constituição e ao funcionamento do tribunal arbitral, são aplicáveis as disposições do CPTA que, pela sua razão de ser, não devam considerar-se exclusivamente aplicáveis aos meios processuais da jurisdição estadual e, subsidiariamente, as normas constantes da LAV.

1.2. Em particular: a remissão da LAV para o direito administrativo em matéria de arbitrabilidade

Nos termos do artigo 1.º, n.º 5, da LAV, "[o] Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado". À semelhança do que sucedia com a LAV de 1986, resulta deste preceito um tratamento distinto em matéria de arbitrabilidade de litígios envolvendo o Estado ou outras pessoas colectivas de direito público, consoante se trate de litígios de direito privado ou de

[230] SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, cit., p. 239.
[231] Cfr. nota 226.

direito público.

No primeiro caso, o artigo 1.º, n.º 5, da LAV consagra a *admissibilidade genérica* do recurso à arbitragem para resolução de litígios de direito privado em que a Administração seja parte, autorizando o Estado e as outras pessoas colectivas de direito público a celebrar convenções de arbitragem para esse efeito. Esta autorização genérica terá de se conformar com o que dispõem os n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º da LAV, isto é, com o âmbito de arbitrabilidade deles resultante: apenas poderá ser deferido a tribunal arbitral o julgamento de um litígio de direito privado que "não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária" e que respeite "a interesses de natureza patrimonial" ou, ainda que não envolva interesses de natureza patrimonial, "desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido".

No segundo caso, o artigo 1.º, n.º 5, da LAV consagra a *admissibilidade condicionada* do recurso à arbitragem para a resolução de litígios de direito público, estabelecendo que a celebração de convenções de arbitragem para esse efeito ficará dependente de autorização legal. Neste sentido se pronuncia SÉRVULO CORREIA, referindo que "o propósito do legislador não é o de enunciar um princípio geralmente adverso ao recurso das pessoas públicas à arbitragem mas tão só o de remeter essa questão para outras sedes (leis especiais) onde as permissões poderão ser concedidas", pelo que esta "admissibilidade de princípio fica condicionada à enunciação de autorizações em leis especiais, isto é, leis que circunscrevam o alcance da permissão à luz da configuração própria dos interesses que regularem"[232].

No atinente aos litígios de direito público, este preceito cumpre uma dupla função: por um lado, tem por efeito restringir o âmbito de aplicação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º da LAV, esclarecendo que os mesmos não desempenham uma função habilitante para a celebração de convenções de arbitragem para resolução de litígios jurídico-públicos; por outro lado, ao remeter para lei especial a autorização para celebração de convenções de arbitragem incidentes sobre litígios jurídico-públicos, o preceito remete para o direito público a concretização do alcance com que é admitido o recurso à arbitragem pelas pessoas públicas para o julgamento de litígios de direito público. É que, "se o legislador utilizasse a LAV – um diploma fundamentalmente situado no campo do Direito Processual Civil – para autorizar desde logo genericamente a Administração Pública a

[232] SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, cit., p. 239.

celebrar convenções de arbitragem, ele estaria a regular em sede imprópria a competência dos tribunais administrativos"[233] [234].

Ao abster-se de regular a arbitrabilidade de direito público na LAV, remetendo para lei especial a definição da esfera (abstracta) de competência dos tribunais arbitrais administrativos, o legislador comete ao direito público a determinação dos domínios em que é admissível o recurso das pessoas públicas à arbitragem para resolução de litígios jurídico-públicos. Em boa verdade, mal se compreenderia que a competência dos tribunais arbitrais administrativos fosse regulada por um diploma fundamentalmente situado no campo do direito privado, pelo que é de aplaudir esta opção do legislador que, como se disse, já remonta à LAV de 1986.

Não se pense, porém, que, ao remeter para lei especial a definição do recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa, a LAV estabelece uma relação de especialidade entre as normas reguladoras da arbitrabilidade no domínio das relações jurídicas administrativas e o regime de arbitrabilidade fixado na própria lei da arbitragem voluntária, de tal modo que o primeiro se limitaria a adaptar para o direito administrativo os princípios gerais norteadores do segundo.

Como escreveu SÉRVULO CORREIA ainda no domínio da vigência do ETAF de 1984 e da LAV de 1986, em termos que se mantêm plenamente aplicáveis ao quadro legal vigente (já que a actual LAV reproduz, no n.º 5 do artigo 1.º, os termos da remissão operada pelo n.º 4 do artigo 1.º da LAV de 1986), "o conceito de lei especial é um conceito relacional: uma lei não é especial em si mesma mas sim por virtude de uma relação com outra lei. É isso o que sucede por virtude da existência de uma relação entre o n.º 2 do artigo 2.º do ETAF e o artigo 1.º, n.º 4, da LAV, embora se trate de uma relação um tanto atípica. Na sua forma pura, o relacionamento entre *lex specialis* e *lex generalis* pressupõe uma antinomia ou contradição normativa, isto é, a imputação, por duas normas, de soluções diferentes (embora referíveis a um mesmo princípio essencial) para um mesmo caso. No caso das duas normas consideradas, não ocorre formalmente uma antinomia visto que o n.º 4 do artigo 1.º da LAV admite (e não proíbe) em princípio que o Estado e outras pessoas colectivas públicas celebrem convenções de arbitragem [...]. Mas o preceito

[233] SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, cit., p. 239.

[234] O que, aliás, sucede com a regulação, no artigo 59.º da LAV, da competência dos tribunais estaduais administrativos para a apreciação de questões respeitantes à arbitragem administrativa. Mal se compreende, por isso, a revogação dos artigos 181.º, n.º 2, e 186.º do CPTA, que asseguravam o mesmo resultado, fazendo-o, todavia, em sede própria.

condiciona a operatividade dessa admissibilidade de princípio a que «para tanto (sejam) autorizados por lei especial». A função de tais leis será, como a de quaisquer outras normas que tombem nesta categoria, a de delinear um campo de referência particular que justifique um tratamento distinto. Só que (e nisso está o carácter *sui generis* da especialidade a que alude o n.º 4 do artigo 1.º da LAV), a distinção do tratamento, fundada num juízo de «arbitrabilidade» de certas categorias de relações jurídico-administrativas, não surge em oposição a um princípio de «inarbitrabilidade» mas tão só como levantamento de uma espécie de suspensão normativa de uma «arbitrabilidade» genérica"[235].

Acompanhando este entendimento, dir-se-á que o alcance da remissão para lei especial operada pelo artigo 1.º, n.º 5, da LAV não é o de remeter para outros diplomas uma adaptação à esfera jurídico-pública do regime de arbitrabilidade constante daquele diploma, mas antes o de remeter para outros diplomas a introdução de uma definição primária e integral dos domínios em que o Estado e as outras pessoas colectivas de direito público poderão celebrar convenções de arbitragem para resolução de litígios emergentes de relações jurídicas de direito público, ou seja, a fixação da medida em que é levantada a *suspensão normativa de uma arbitrabilidade genérica de direito público*.

Nas palavras de DIAS MARQUES, "[o] critério de que se parte para a distinção das normas em gerais e especiais refere-se, pois, […] ao seu domínio de aplicação, devendo assim considerar-se especiais aquelas cujo domínio de aplicação se traduz por um conceito que é espécie em relação ao conceito mais extenso que define o campo de aplicação da norma geral e que figura como seu género"[236]. Ao estabelecer uma arbitrabilidade genérica de direito público exclusivamente condicionada à autorização por lei especial, nos termos e com a extensão aí previstos, a LAV afasta qualquer potencial aplicação ao direito público do regime de arbitrabilidade nela contido, esclarecendo, deste modo, que um tal regime tem um âmbito de aplicação circunscrito aos litígios jurídico-privados. Daí que o regime de arbitrabilidade estabelecido no artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, da LAV não tenha

[235] SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, cit., p. 240.
[236] DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, I, cit., 2.ª edição, Lisboa, 1968, p. 316.

qualquer *vocação geral, comum* ou *transversal* aos diversos ramos do direito[237], tornando-se, pois, evidente que não há qualquer relação de especialidade entre a "lei especial" a que alude o n.º 5 do artigo 1.º da LAV e o regime de arbitrabilidade contido nos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, mas tão somente entre tal "lei especial" e o n.º 5 do artigo 1.º da LAV, nos termos expostos.

Tanto assim é que, na falta de legislação que desempenhasse a função de lei especial para os efeitos do artigo 1.º, n.º 5, da LAV, forçoso seria concluir pela inarbitrabilidade de toda e qualquer questão de direito administrativo, pois que, nos termos daquele preceito, o Estado e as outras pessoas colectivas de direito público somente poderiam comprometer-se em árbitros quanto a matérias de natureza jurídico-pública se "para tanto [fossem] autorizados por lei especial". O regime constante dos n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º da LAV e o recorte de arbitrabilidade dele emergente não desempenham qualquer função no domínio da arbitragem de litígios jurídico-administrativos.

Em suma, pode concluir-se do que antecede que o recorte de arbitrabilidade no âmbito das relações jurídicas administrativas é exclusivamente definido pelo direito administrativo, que, deste modo, determinará se e em que medida poderão as pessoas colectivas públicas comprometer-se em árbitros no domínio dos litígios de natureza jurídico-administrativa, não sofrendo um tal regime qualquer interferência por parte dos critérios de arbitrabilidade constantes do artigo 1.º da LAV.

Como sublinha MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "a questão de saber se, quando e com que extensão existe a possibilidade de arbitragem sobre litígios que não digam respeito a relações de direito privado não é respondida pela LAV: no ordenamento jurídico português, é ao Direito Administrativo que, em diploma ou diplomas próprios, cumpre definir um regime próprio no que toca aos critérios de arbitrabilidade a adoptar no âmbito das relações jurídicas administrativas. Como é natural, a LAV não se pronuncia sobre essa questão, cuja sede própria reside nas disposições de Direito Administrativo"[238].

---

[237] Em sentido contrário, cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, cit., p. 73, para quem "inexiste uma «arbitrabilidade administrativa» distinta da «arbitrabilidade privada»: sendo unitário – como não pode deixar de ser – o fundamento das restrições à faculdade de recurso a árbitros, o critério de arbitrabilidade vigente não pode, ele próprio, deixar de ser (como é actualmente) comum aos vários ramos do Direito". Não acompanhamos esta posição, que parece assentar no pressuposto, para o qual não encontramos fundamento, de que o grau de abertura dos diversos ramos do direito à arbitragem terá de ser para todos idêntico.

[238] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Tópicos Sobre o Problema do Âmbito Subjectivo da Arbitragem sobre Relações Jurídicas Multilaterais ou Poligonais de Direito Administrativo*, cit., p. 212.

Dos termos em que se encontra efectuada a remissão da LAV para lei especial, no atinente à arbitrabilidade de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, resultam, deste modo, duas importantes consequências: por um lado, é ao direito administrativo que cabe estabelecer, primária e integralmente, o recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa; e, por outro lado, o regime de arbitrabilidade estabelecido na LAV é, somente, aplicável no âmbito das relações jurídicas privadas, podendo, pois, afirmar-se que a arbitrabilidade de litígios jus-administrativos prescinde (abstrai) dos critérios constantes da LAV.

1.3. O recorte de arbitrabilidade no âmbito das relações jurídicas administrativas

Tendo em conta que os tribunais arbitrais constituídos para dirimir litígios emergentes de relações jurídicas administrativas constituem, perante o texto constitucional, verdadeiros tribunais administrativos, integrando a jurisdição administrativa, em sentido funcional e material, é natural que o respectivo regime jurídico se encontre estabelecido, em primeira linha, no código que regula o processo nos tribunais administrativos[239].

Com efeito, o CPTA foi o diploma escolhido pelo legislador para determinar o alcance e os termos da abertura do direito administrativo à arbitragem, nele estabelecendo o regime geral da arbitrabilidade de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas. Este diploma constitui, como vimos, uma *lei especial* para os efeitos do n.º 5 do artigo 1.º da LAV, isto é, para o efeito de estabelecer os domínios em que o Estado e as outras pessoas públicas poderão comprometer-se em árbitros.

Salvaguardando a existência de regimes especiais de arbitrabilidade em matéria administrativa, o artigo 180.º, n.º 1, do CPTA, com a restrição introduzida pelo artigo 185.º do mesmo diploma, permite a constituição de tribunal arbitral para o julgamento das seguintes questões:

i) Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução;

[239] Foi o que também sucedeu, originariamente, com a regulação da arbitragem voluntária de litígios jurídico-privados. Com efeito, antes da entrada em vigor da LAV de 1986, a arbitragem voluntária de litígios de direito privado era regulada pelo CPC de 1961, cujo título I do Livro IV veio a ser substituído por aquele diploma. No essencial, a LAV destina-se a substituir as disposições do CPC de 1961 que regulavam a arbitragem voluntária de direito privado.

ii) Questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efectivação do direito de regresso (com expressa exclusão da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos praticados no exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional);

iii) Questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva;

iv) Litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional.

O conjunto de questões que se acabou de enunciar corresponde ao âmbito de arbitrabilidade objectiva de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, o que vale por dizer que, ressalvada a existência de regimes especiais, o Estado e as outras pessoas colectivas de direito público só poderão comprometer-se em árbitros quanto a litígios que se enquadrarem num daqueles domínios genéricos. E isto tanto vale, em nossa opinião, para a arbitragem *ad hoc*, como para a arbitragem institucionalizada.

Importa, por isso, aprofundar a distinção entre aqueles dois tipos de arbitragem, bem como analisar o disposto no artigo 187.º do CPTA, segundo o qual "[o] Estado pode, nos termos da lei, autorizar a instalação de centros de arbitragem permanente destinados à composição de litígios no âmbito das seguintes matérias": contratos, responsabilidade civil da Administração, relações jurídicas de emprego público, sistemas públicos de protecção social, urbanismo.

Na arbitragem institucionalizada, as partes confiam os seus litígios a um tribunal arbitral constituído sob a égide de um centro permanente com competência para organizar a arbitragem. "[A]s partes confiam a organização da arbitragem a uma instituição especializada"[240], a quem caberá administrar a arbitragem de acordo com regras produzidas pelos respectivos órgãos (os regulamentos de arbitragem), providenciando pela regular constituição e funcionamento do tribunal arbitral, pela disponibilização das infra-estruturas, equipamentos e materiais necessários ao desenvolvimento do processo arbitral,

[240] ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Introdução às Práticas Arbitrais*, p. 16.

entre outros aspectos de natureza administrativa[241]. A arbitragem institucionalizada caracteriza-se "pela intervenção de uma instituição especializada de carácter permanente à qual as partes se dirigem para dirimir o litígio, como sucede com os centros de arbitragem que funcionam junto das câmaras de comércio ou de indústria ou outras associações profissionais, os quais se caracterizam por possuírem um regulamento de arbitragem e uma organização própria"[242].

Diferentemente, na arbitragem *ad hoc*, as partes tomam para si o encargo da organização da arbitragem, procedendo à constituição do tribunal arbitral, que funcionará de acordo com as regras estabelecidas pelas partes (ou, na falta de acordo, pelos árbitros[243]), sem qualquer enquadramento institucional do tipo mencionado anteriormente. Afigura-se, pois, curial assinalar que os centros de arbitragem não são tribunais arbitrais, não tendo competência para resolver quaisquer litígios. O seu papel é, antes, o de organizar, supervisionar ou administrar a arbitragem, providenciando um suporte material e regulamentar ao tribunal arbitral constituído sob a sua égide para a resolução de certo litígio.

Como sublinha LUÍS DE LIMA PINHEIRO, esta classificação – entre arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucionalizada - não se confunde com a que "distingue os tribunais arbitrais permanentes dos tribunais arbitrais eventuais"[244]. Com efeito, os tribunais arbitrais podem ser permanentes ou eventuais, consoante tenham sido constituídos com carácter duradouro, potencialmente para a resolução de mais do que um litígio, ou com carácter temporário, para a resolução de um litígio específico. A circunstância de os centros de arbitragem serem instituídos com carácter permanente não implica que os tribunais arbitrais constituídos sob a sua égide sejam tribunais permanentes, revelando a análise dos regulamentos dos principais centros de arbitragem que, na maior parte dos casos, os tribunais arbitrais constituídos sob a sua égide são tribunais eventuais,

[241] Sobre a distinção entre arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucionalizada, cfr., entre outros, ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Introdução às Práticas Arbitrais*, cit., pp. 16-17; ANTÓNIO JOSÉ CLEMENTE, "A Arbitragem Voluntária Institucionalizada em Portugal", *Newsletter do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, n.º 9/2010, disponível em http://www.gral.mj.pt (consultado em 28.09.2012); MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 92-93; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, cit., pp. 51-52; e JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., p. 117.

[242] JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., p. 117.

[243] Cfr. disposições conjugadas dos artigos 181.º, n.º 1, do CPTA e 30.º, n.º 3, da LAV.

[244] LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, cit., p. 51, nota 92.

constituídos para cada caso[245] [246].

Em suma, a arbitragem institucionalizada distingue-se da arbitragem *ad hoc* pela circunstância de se encontrar provida de um enquadramento institucional, por parte de um centro permanente especializado, que tanto se manifesta no plano da regulação da arbitragem, como nos aspectos atinentes à respectiva organização. O âmago da distinção entre a arbitragem institucionalizada e a arbitragem *ad hoc* assenta, portanto, na existência de um enquadramento institucional da arbitragem e não no carácter eventual ou permanente do tribunal arbitral.

Retornando, agora, ao artigo 187.º do CPTA, importa referir que o preceito, sob a epígrafe "Centros de arbitragem", tem em vista a introdução da arbitragem institucionalizada na justiça administrativa, permitindo que seja autorizada a instalação de centros de arbitragem para resolução de litígios no âmbito das matérias nele referidas[247]. Nos termos do n.º 1 do artigo 187.º do CPTA, o Estado poderá autorizar a instalação, nos termos fixados por lei especial, de centros de arbitragem para resolução de controvérsias emergentes de relações jurídicas administrativas. Deve entender-se que os termos em que se processa a autorização da instalação de centros de arbitragem ao abrigo deste artigo são, na falta de lei especial sobre os centros de arbitragem em matéria administrativa, os que resultam do Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro, o qual regula a concessão de autorização, pelo Ministro da Justiça, para a criação de centros de arbitragem institucionalizada, a que alude o artigo 62.º da LAV.

Apesar dos termos restritivos do artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro, que respeita à criação de centros de arbitragem por entidades que, *no âmbito da LAV*, pretendam promover, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, deve entender-se que as regras constantes deste diploma são, também, aplicáveis à autorização da instalação de centros institucionalizados de

[245] É o caso, por exemplo, do CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa, do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, do *International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*, do *London Court of International Arbitration*, do *International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association* e do *Internacional Centre for Settlement of Investment Disputes*.

[246] Não acompanhamos, por isso, a posição manifestada por ANTÓNIO JOSÉ CLEMENTE, *A Arbitragem Voluntária Institucionalizada em Portugal*, cit., p. 9, segundo a qual "[n]os centros de arbitragem o tribunal arbitral tem natureza permanente".

[247] Para além da organização de processos arbitrais, o artigo 187.º, n.º 3, permite que aos centros de arbitragem possam ser cometidas outras funções, para além da arbitragem, como, por exemplo, funções de conciliação ou mediação: nestes casos, estar-se-á, porém, perante modos não jurisdicionais de resolução de controvérsias.

arbitragem no domínio do contencioso administrativo, enquanto disposições de direito comum, o que, de resto, parece ser, também, o entendimento da Administração, que autorizou a instalação de um centro de arbitragem com competência para a promoção da resolução de certas categorias de litígios jurídico-administrativos por tribunais arbitrais constituídos sob a sua égide, com fundamento nas normas deste diploma, em conjugação com o artigo 187.º do CPTA[248].

Considerando os termos em que efectuámos a distinção entre a arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucionalizada, deve sublinhar-se que a utilização da expressão *centros de arbitragem permanente* não gera qualquer equívoco: trata-se de instituições que se dedicam, com carácter permanente e especializado, à promoção da resolução de litígios por tribunais arbitrais constituídos sob a sua égide. Os centros de arbitragem não resolvem litígios e não têm, por isso, competência jurisdicional própria: o seu papel é, como se disse, o de promover a resolução de litígios por tribunais arbitrais constituídos sob a sua égide, provendo às necessidades regulatórias e organizatórias dos processos arbitrais.

Afigura-se, agora, mais clara a raiz da distinção entre os artigos 180.º e 187.º do CPTA: enquanto o artigo 180.º se ocupa das questões cujo julgamento pode ser deferido a tribunal arbitral, permanente ou eventual, limitando, desse modo, a competência dos tribunais arbitrais, o artigo 187.º enuncia as matérias relativamente às quais se admite a arbitragem institucionalizada, ou seja, especifica os domínios em que os centros de arbitragem poderão desempenhar as suas funções de organização de arbitragens. Dir-se-á que, no atinente à competência dos tribunais arbitrais, esta encontra-se sujeita, em todos os casos, excepto nos regimes especiais, à limitação geral do artigo 180.º do CPTA, estando, ainda, limitada, no caso de tribunais arbitrais constituídos sob a égide de centros de arbitragem, em função da competência (material e territorial) do centro de arbitragem.

O artigo 187.º não versa, portanto, sobre questões de arbitrabilidade. O propósito da norma não é esclarecer que litígios poderão ser resolvidos por arbitragem (e, nessa medida, nada acrescenta ou diminui ao âmbito da arbitragem em matéria administrativa), mas tão só limitar os domínios materiais em que poderão operar os centros de arbitragem que pretendam administrar processos arbitrais tendentes à resolução de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas. O artigo 187.º versa sobre a competência material do centro de arbitragem, que, no caso de cada centro, poderá abranger uma ou mais das

[248] Cfr. despacho do Secretário de Estado da Justiça n.º 5097/2009, de 27 de Janeiro.

matérias nele referidas, ficando, então, a competência dos tribunais arbitrais constituídos sob a sua égide limitada às áreas da competência material do respectivo centro.

Pode, pois, concluir-se que o Estado pode autorizar a instalação de centros de arbitragem para a promoção da resolução de litígios por arbitragem no âmbito de contratos, responsabilidade civil da Administração, relações jurídicas de emprego público, sistemas públicos de protecção social e urbanismo, mas nem todos os litígios no âmbito destas áreas da competência material dos centros de arbitragem poderão ser submetidos aos tribunais arbitrais constituídos sob a sua égide, pois que somente poderão sê-lo aqueles litígios que se enquadrarem numa das alíneas do artigo 180.º do CPTA, com excepção da responsabilidade civil por actos praticados no exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional (artigo 185.º).

A interpretação conjugada dos artigos 180.º e 187.º do CPTA conduz à conclusão de que, afinal, a arbitragem institucionalizada, tal como se encontra legalmente configurada, poderá ter um âmbito mais reduzido que a arbitragem *ad hoc*, uma vez que o recorte das categorias de litígios que poderão ser resolvidos por arbitragem institucionalizada corresponde à intersecção de dois círculos – a arbitrabilidade do litígio e a competência material dos centros de arbitragem –, enquanto a arbitragem *ad hoc* se basta com o âmbito de arbitrabilidade do litígio. Deve notar-se que o elenco do artigo 187.º, n.º 1, do CPTA não se confunde com o âmbito de arbitrabilidade dos litígios em matéria administrativa: a sua função não é determinar o que é ou não *arbitrável*, antes fixar os domínios em que poderá haver arbitragem institucionalizada, não inviabilizando que fora daqueles domínios possa haver arbitragem *ad hoc* (bastando, para tanto, que o litígio se enquadre no recorte emergente da interpretação conjugada dos artigos 180.º, n.º 1, e 185.º do CPTA).

Em suma, deve entender-se que o âmbito de arbitrabilidade de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, ressalvada a existência de regimes especiais, é o que resulta da interpretação conjugada dos artigos 180.º, n.º 1, e 185.º do CPTA, tanto para a arbitragem *ad hoc*, como para a arbitragem institucionalizada.

Pode, entretanto, suceder que, para o efeito da averiguação da concreta arbitrabilidade dos litígios, estes preceitos suscitem dúvidas quanto à amplitude das questões neles compreendidas, em particular nos casos em que a matéria em causa esteja, no plano do contencioso estadual, cometida a diferentes ordens jurisdicionais: importa, a

este propósito, salientar que as questões que o artigo 180.º do CPTA tem em vista são, bem se vê, aquelas cuja apreciação cabe aos tribunais da jurisdição administrativa[249]. A competência dos tribunais arbitrais em matéria administrativa está sujeita aos mesmos limites estruturais que a CRP estabelece para a jurisdição administrativa, o que vale por dizer que as normas do CPTA sobre o âmbito de arbitrabilidade em matéria administrativa devem ser interpretadas com um alcance que não pode exceder o limite constitucionalmente imposto à jurisdição administrativa: a natureza administrativa da relação jurídica de que emerge o litígio.

Com efeito, tendo em conta que os tribunais arbitrais constituídos para a resolução de litígios jurídico-administrativos integram, em sentido material e funcional, a jurisdição administrativa, a interpretação dos preceitos do CPTA respeitantes às questões susceptíveis de ser apreciadas por tribunais arbitrais deve socorrer-se, no confronto entre a jurisdição administrativa e a jurisdição comum, da delimitação do âmbito da jurisdição administrativa operada pela CRP e, no plano infraconstitucional, desenvolvida pelo ETAF. A tanto se chega não só por via da consideração dos tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais administrativos, integrados na jurisdição administrativa, mas também atendendo a que o âmbito de aplicação do CPTA corresponde ao âmbito da jurisdição administrativa, tal como delimitado pela CRP e pelo ETAF.

O artigo 180.º do CPTA não pode, por conseguinte, ser interpretado como estabelecendo a arbitrabilidade de questões que, no plano dos tribunais estaduais, seriam normalmente da competência dos tribunais comuns. Nestes casos, a respectiva arbitrabilidade dependerá do que se achar disposto para a arbitrabilidade de litígios jurídico-privados, ainda que se trate de litígios de natureza pública atribuídos à jurisdição comum.

Poderia pensar-se que a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa não seria relevante no contexto da arbitragem, uma vez que, na prática, o mesmo tribunal arbitral constituído para a resolução de um litígio respeitante a matéria de natureza administrativa poderá, em princípio, apreciar, também, questões arbitráveis de natureza privada, o que, logicamente, não poderá ocorrer no plano dos tribunais estaduais. No entanto, a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa no contexto da arbitragem

[249] Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., pp. 1144 e 1146.

afigura-se de toda a relevância prática, uma vez que a apreciação da arbitrabilidade de um concreto litígio cuja resolução haja sido deferida a um tribunal arbitral apenas ficará sujeita às normas que fixam o âmbito da arbitragem em matéria administrativa na parte em que esse litígio se enquadrar no âmbito constitucional da jurisdição administrativa, concretizado, no plano infraconstitucional, pelo ETAF.

Assim, na parte em que um concreto litígio possa aparentemente parecer compreendido numa das alíneas do artigo 180.º, n.º 1, do CPTA, mas esteja excluído do âmbito jurisdição administrativa, o tribunal deve apreciar a respectiva arbitrabilidade à luz das disposições que regulam o âmbito da arbitragem no direito privado. Enquanto, no plano do contencioso estadual, a relevância do âmbito de cada ordem jurisdicional se manifesta, primariamente, na competência do tribunal para apreciar o litígio em razão da matéria, no plano do contencioso arbitral, aquela relevância manifesta-se, em primeira linha, na determinação do regime aplicável à arbitrabilidade do litígio.

1.4. A superação da tradicional restrição à arbitrabilidade no direito administrativo fundada na disponibilidade do direito sobre que incide o litígio

Tendo em conta a tradicional restrição à arbitrabilidade de litígios jurídico-administrativos fundada na disponibilidade do direito sobre que incide o litígio, cumpre, neste ponto, averiguar se, perante o regime legal da arbitrabilidade em matéria administrativa actualmente vigente, se mantém ou não uma tal restrição (se é que alguma vez o critério da disponibilidade verdadeiramente inspirou a delimitação do âmbito da arbitragem administrativa[250]).

Assinalámos já que o texto constitucional não introduz qualquer restrição à arbitrabilidade em matéria administrativa fundada na disponibilidade do direito sobre que incide o litígio, o que, desde logo, resulta da natureza jurisdicional da actividade

[250] Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal*, cit., pp. 15-16, considerando que, "nos domínios da arbitragem de Direito Administrativo em matéria de contratos e de responsabilidade civil extracontratual [...], não é, a nosso ver, verdade que esses sejam domínios de disponibilidade da Administração, em que esta goze, por definição, de uma autonomia em tudo semelhante à dos privados. [...] O que, entre nós, historicamente sucedeu, foi apenas que se entendeu que, na apreciação das questões que se suscitam nos domínios de atuação administrativa que não envolvem o exercício de poderes de autoridade, a função do juiz administrativo não é essencialmente diferente daquela que corresponde aos juízes dos tribunais judiciais, pelo que não haveria inconveniente em confiar a apreciação dessas questões à arbitragem, a exemplo do que sucede no âmbito dos litígios que são submetidos à jurisdição daqueles tribunais".

desempenhada pelos árbitros, não se descobrindo "ligação necessária entre a influência da vontade das partes sobre as vicissitudes de uma relação jurídica e a influência da vontade das partes para a determinação dos seus litígios"[251]. Por outro lado, concluímos que o recorte de arbitrabilidade no âmbito das relações jurídicas administrativas é integralmente determinado pelo direito administrativo, não sendo aplicável, neste domínio, o regime de arbitrabilidade constante da LAV, conforme já sucedia com a LAV de 1986, que continha uma remissão para legislação especial em termos idênticos à efectuada pela actual LAV.

Assim, deve entender-se que uma eventual restrição à arbitrabilidade fundada na ideia de disponibilidade só poderia, portanto, resultar das normas de direito administrativo que regulam a arbitrabilidade de litígios jurídico-administrativos, ou seja, do regime geral contido no artigo 180.º do CPTA (ressalvada a existência de regimes especiais sobre a matéria).

A transposição para o direito administrativo do critério da disponibilidade suscita sérias dificuldades: como bem nota JOÃO CAUPERS, "[a]s competências são incontestavelmente poderes jurídicos mas não constituem direitos subjectivos", pois que "elas visam a realização de um interesse que não é próprio do órgão administrativo, ou seja, um interesse público da colectividade – estadual ou outra – que instituiu a pessoa colectiva pública a que tal órgão pertence"[252], não podendo o órgão administrativo dispor dos seus poderes funcionais ou renunciar aos mesmos, o que acarreta a indisponibilidade destes poderes. A rigorosa transposição para o direito administrativo do critério de arbitrabilidade fundado na disponibilidade do direito sobre que incide o litígio, enquanto critério delimitador do âmbito da arbitragem, conduziria, no limite, à conclusão de que a arbitragem não seria pura e simplesmente admissível em questões jurídico-administrativas, uma vez que a admissibilidade da arbitragem no direito administrativo, independentemente do concreto recorte de arbitrabilidade que pudesse ser fixado, sempre implicaria a apreciação por tribunais arbitrais de questões emergentes do exercício das competências dos órgãos administrativos e, portanto, de poderes funcionais indisponíveis. Em suma, o órgão administrativo actua no exercício de competências, que constituem poderes-deveres a que não pode renunciar e de que não pode dispor, razão pela qual a sua actuação de direito público, tanto nos seus aspectos vinculados, como discricionários, é

[251] SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, cit., p. 235, nota 10.

[252] JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., p. 546.

verdadeiramente indisponível[253] [254].

Em qualquer caso, importa ir um pouco mais longe na análise da questão, procurando empreender um esforço adaptativo do critério da disponibilidade aos quadros próprios em que se move a actividade administrativa pública, com vista a averiguar se o mesmo subjaz, ainda, de alguma forma, ao actual recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa. Se bem que toda a actividade administrativa pública seja, por natureza, indisponível, certo é que, como vimos, nem toda a actuação administrativa se encontra prefigurada na lei em todos os seus elementos, o que permite concluir pela existência de uma margem de livre ponderação e decisão administrativas, que usa designar-se por *autonomia pública*. É, bem assim, possível identificar uma zona da actuação administrativa onde a definição do respectivo conteúdo é estritamente vinculada, isto é, decorre, em todos os seus elementos, das múltiplas vinculações a que a Administração se encontra adstrita, e uma outra onde se verifica existir relativa autonomia (intra-normativa) na definição do conteúdo de uma tal actuação. Não se trata, em rigor, e pelas razões apontadas, de zonas de disponibilidade e indisponibilidade da actuação administrativa: todavia, se algum conteúdo útil houvesse que dar ao critério, propenderíamos a identificar uma zona de maior disponibilidade com a *margem de discricionariedade* da actuação administrativa e uma zona de indisponibilidade com a *margem de vinculação* de uma tal actuação. Assim é, uma vez que a margem de discricionariedade corresponde à zona da actuação administrativa em que o órgão administrativo actua juridicamente com base em critérios de conveniência ou oportunidade (mas não arbitrariamente), enquanto a margem de vinculação corresponde à zona da actuação administrativa em que o órgão administrativo actua estritamente com base em critérios de juridicidade[255].

Retornando, agora, ao artigo 180.º, n.º 1, do CPTA, "não se pode afirmar que a arbitragem está confinada ao âmbito da disponibilidade de direitos"[256]. Atente-se, por exemplo, na possibilidade de submeter a juízo arbitral a apreciação da validade de um contrato administrativo (alínea a)), o que, aliás, já era admitido no domínio da legislação

[253] Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Arbitragem de Direito Administrativo – Algumas Considerações*, cit., pp. 19-20.

[254] E tanto bastaria para que se pudesse concluir que o recorte de arbitrabilidade de litígios jurídico-administrativos não é (e nunca foi) delimitado com base no critério da disponibilidade do direito sobre que incide o litígio.

[255] Cfr., neste sentido, SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, cit., p. 235, nota 10.

[256] JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Arbitragem e contratos públicos*, cit., p. 953.

anterior ao CPTA. Ao apreciar a validade de um contrato administrativo, o tribunal arbitral formula, em princípio, um juízo de conformidade ou desconformidade do contrato com as vinculações cuja observância na relação contratual se impunha ao órgão administrativo que celebrou o contrato, actuando, portanto, numa *zona de indisponibilidade* da actividade administrativa. Acompanhando SÉRVULO CORREIA, "o carácter disponível ou indisponível do poder da Administração resulta da natureza vinculada ou discricionária do poder de definição do conteúdo da situação jurídica administrativa e não da forma típica adoptada a conduta concreta"[257] [258].

Assim, por exemplo, também no domínio da responsabilidade civil administrativa, o tribunal arbitral poderá ser chamado a empreender, a título incidental, um juízo de licitude ou ilicitude de um acto administrativo, para o efeito averiguando da sua conformidade com as vinculações que decorrem para o órgão administrativo autor do acto, ou seja, apreciando, ainda que incidentalmente, a zona de indisponibilidade da actuação administrativa.

Pode, pois, afirmar-se que o âmbito de arbitrabilidade fixado no artigo 180.º do CPTA não obedece ao critério de arbitrabilidade fundado na disponibilidade do direito sobre que incide o litígio, pois que expressamente se admite a arbitrabilidade de litígios incidentes sobre a *zona de indisponibilidade* da actuação administrativa, tal como resulta dos termos em que se efectuou a transposição do aludido critério para o direito administrativo, sem prejuízo de, em rigor, se ter de concluir que nem sequer a margem de livre decisão administrativa corresponde a uma zona de verdadeira disponibilidade do poder jurídico da Administração.

Por outro lado, embora "não [seja] dogmaticamente fundada a correlação entre a definição da situação jurídico-administrativa por acto administrativo e o carácter indisponível das posições jurídicas subjectivas conformadas"[259], a indisponibilidade da actuação administrativa surge, por vezes, identificada com as formas autoritárias

[257] SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, cit., p. 235, nota 10

[258] Não só quando actua através de um acto administrativo, mas também de um contrato administrativo, por exemplo, a Administração está vinculada à juridicidade, impondo-se-lhe a observância de múltiplas vinculações, sob pena de invalidade da correspondente actuação jurídica. Em boa verdade, não se regista ligação necessária entre a vinculação da actuação administrativa e o instrumento jurídico utilizado: embora se trate de instrumento bilateral, um contrato não é necessariamente mais "disponível", no sentido apontado no texto, que um acto administrativo.

[259] SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, cit., p. 235, nota 10.

(unilaterais) de exercício do poder administrativo, de tal modo que um litígio emergente de um acto administrativo constituiria matéria indisponível, sendo, por isso, inarbitrável, enquanto um litígio emergente de um contrato administrativo constituiria matéria disponível, sendo, portanto, arbitrável, abstraindo-se, assim, da natureza vinculada ou discricionária dos poderes exercidos. Por outras palavras, "[o] domínio do exercício de poderes de definição jurídica unilateral da Administração era, pois, tradicionalmente considerado um domínio de indisponibilidade, entendendo-se, por isso, que a fiscalização da legalidade dos actos de autoridade da Administração era uma prerrogativa reservada aos tribunais estaduais, a quem deve pertencer, em regime de monopólio, o poder de proceder à anulação dos actos administrativos ilegais"[260].

A transposição do critério da disponibilidade para o direito administrativo nestes moldes baseava-se, no fundo, na distinção adjectiva, no âmbito do contencioso administrativo, entre as acções e os recursos, que se pensava ter sido acolhida pelo artigo 2.º, n.º 2, do ETAF de 1984, nos termos do qual poderiam ser constituídos tribunais arbitrais "no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo o contencioso das acções de regresso". Este preceito era, pois, interpretado como autorizando o recurso à arbitragem para resolução de questões objecto das acções administrativas sobre contratos e responsabilidade civil, dele ficando excluídas as questões objecto de recurso contencioso, de que constitui exemplo a impugnação de actos administrativos.

Segundo cremos, perante o quadro legal actualmente em vigor, também à luz deste modo de transpor o critério da disponibilidade para o direito administrativo não poderá afirmar-se que o âmbito de arbitrabilidade em matéria administrativa obedece a uma lógica de restrição em função da disponibilidade da actuação administrativa.

Com efeito, a alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA autoriza a constituição de tribunais arbitrais para o julgamento de "questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução". Os termos em que se encontra formulado este preceito não parecem deixar qualquer margem para dúvidas, no atinente à admissibilidade da apreciação, por tribunais arbitrais, da legalidade de actos administrativos praticados em execução de contratos. Recorde-se que a qualificação como

[260] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 1145.

actos administrativos de certos actos de execução dos contratos resulta, hoje, de modo claro, do artigo 307.º, n.º 2, do CCP, nos termos do qual "revestem a natureza de acto administrativo as declarações do contraente público sobre a execução do contrato que se traduzam" nos tipos decisórios aí enunciados. Ao admitir o controlo da legalidade de tais actos administrativos por tribunais arbitrais, o CPTA introduz um desvio ao que resultaria da transposição para o direito administrativo do critério de arbitrabilidade fundado na disponibilidade do direito sobre que incide o litígio, o qual, segundo a concepção em apreço, excluía da possibilidade de arbitragem o controlo da legalidade de actos administrativos.

Na medida em que expressamente admite o controlo da legalidade de uma actuação administrativa unilateral no exercício de poderes de definição de uma situação jurídica, a alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA vem, precisamente, demonstrar a superação, no direito administrativo, do critério de arbitrabilidade fundado na disponibilidade do direito[261]. Em sentido convergente, JOSÉ ROBIN DE ANDRADE assinala que, "[s]endo estes actos precisamente aqueles em que a Administração, embora parte outorgante no contrato, se prevalece das suas prerrogativas de autoridade para definir de modo imperativo e unilateral uma situação jurídica, o CPTA, ao permitir, sem qualquer restrição, a apreciação por tribunais arbitrais, de tais actos, está a remover um dos limites que tradicionalmente a jurisprudência e a doutrina assinalavam à arbitragem quando esta incidia sobre a actividade da Administração Pública"[262]. Também neste sentido, FAUSTO DE QUADROS considera que "as alíneas a), 2.ª parte, e c), do citado artigo 180.º, n.º 1, do CPTA, alarga o âmbito da arbitragem às questões ligadas ao contencioso de legalidade de actos administrativos", declarando que "[o] CPTA abandonou o carácter indisponível dessas

[261] Cfr. acórdão do TCAN de 7 de Março de 2013, proferido no processo n.º 395/07.0BEBRG, considerando que "o objecto possível da arbitragem em matérias jurídicas próprias da jurisdição administrativa parece ter beneficiado de um considerável alargamento com a entrada em vigor do artigo 180º nº1 alínea a) do CPTA. Na verdade, apesar de na LAV de 1986, que estava em vigor na altura do início de vigência do CPTA (01.01.2004), se excluir do âmbito da arbitragem voluntária os litígios respeitantes a direitos indisponíveis, e de estar a ser maioritariamente entendido que tal indisponibilidade integrava o contencioso de legalidade de actos administrativos, certo é que o legislador do CPTA, nessa alínea, incluiu naquele âmbito, de modo expresso, «…a apreciação de actos administrativos relativos à execução» do contrato. Isto significa que a arbitragem, em matéria administrativa, viu o seu objecto claramente alargado, pois com a entrada em vigor desse artigo 180º do CPTA, passou a ser possível o recurso a um tribunal arbitral nas matérias próprias da jurisdição administrativa que nele são referidas. Entre elas, a apreciação de actos administrativos que respeitem à execução dos contratos, isto é, todos aqueles actos em que a Administração, embora sendo parte contratante, se prevalece das suas prerrogativas de autoridade para definir de forma unilateral uma situação jurídica". Cfr., ainda, acórdão do TCAS de 8 de Novembro de 2012, proferido no processo n.º 05507/09.

[262] JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Arbitragem e contratos públicos*, cit., pp. 952-953.

questões, que resultava do artigo 1.º, n.º 1, da LAV"[263].

Em sentido divergente, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA argumenta que a admissibilidade do controlo da legalidade de actos administrativos praticados em execução de contratos se tratou, "no fundo, de admitir que, se a relação contratual administrativa podia ser objecto de apreciação por juízes privados, nada obstava a que também os actos administrativos surgidos no âmbito da mesma – i.e., num *campo de disponibilidade* – fossem, de modo similar, submetidos a árbitros"[264]. Não acompanhamos esta posição. Se bem que a já pacífica e consolidada admissibilidade da arbitragem de questões emergentes de contratos pudesse explicar que os actos administrativos contratuais constituiriam um dos domínios onde seria expectável que o legislador viesse a aprofundar a abertura do direito administrativo à arbitragem, não podemos aceitar que o controlo da legalidade de tais actos se reconduza, ainda, à aplicação do critério de arbitrabilidade fundado na disponibilidade do direito sobre que incide o litígio, por não nos parecer dogmaticamente fundado um tal entendimento.

Com efeito, se da transposição do critério da disponibilidade para o direito administrativo decorrer, com as cautelas já enunciadas, que as zonas de *disponibilidade* e *indisponibilidade* dos poderes administrativos coincidem, respectivamente, com as margens de *discricionariedade* e de *vinculação* da actuação administrativa, forçoso será reconhecer que a apreciação da legalidade dos actos administrativos de execução dos contratos envolve a apreciação, pelos árbitros, da observância pela Administração das vinculações legais a que estava adstrita, ou seja, implica, necessariamente, a intromissão do tribunal arbitral na predita *zona de indisponibilidade*.

Se, diversamente, da transposição do critério da disponibilidade para o direito administrativo resultar, também com as referidas cautelas, que será matéria *indisponível* a actuação da Administração no exercício unilateral de poderes de autoridade, o que, em regra, ocorre por via de acto administrativo, haverá que concluir forçosamente que o controlo da legalidade de actos administrativos praticados em execução de contratos envolve, necessariamente, a apreciação de matéria *indisponível*, uma vez que os actos administrativos contratuais constituem verdadeiros e próprios actos administrativos, no âmbito dos quais a Administração exerce poderes jurídicos legalmente conferidos de

[263] Em sentido convergente, FAUSTO DE QUADROS, *A Arbitragem em Direito Administrativo*, cit., p. 111.
[264] ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, cit., pp. 57-61.

definição unilateral de uma situação jurídica.

Em suma, pode concluir-se que a admissibilidade do controlo, por tribunais arbitrais, da legalidade de certos actos administrativos rompeu com a posição tradicional que excluía uma tal possibilidade com fundamento no aludido critério da disponibilidade[265], não se vislumbrando, actualmente, qualquer restrição ao âmbito da arbitragem no direito administrativo fundada no critério da disponibilidade do direito sobre que incide o litígio, de resto um critério que foi já abandonado, também, no domínio jurídico-privado, com a entrada em vigor da actual LAV, que conjuga, como se sabe, no seu artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, o critério da patrimonialidade dos interesses em litígios com o critério da transigibilidade do direito controvertido.

2. A arbitrabilidade de litígios envolvendo a apreciação de actos administrativos: entre a legalidade e o mérito das decisões administrativas

Antes de entrar na análise da admissibilidade da apreciação, por tribunais arbitrais, de questões emergentes de actos administrativos, impõem-se três breves considerações preliminares de ordem metodológica.

Em primeiro lugar, tendo concluído já que o âmbito da arbitragem no direito administrativo corresponde ao que resulta da interpretação conjugada dos artigos 180.º e 185.º do CPTA, sem prejuízo da existência de regimes especiais de arbitrabilidade, afigura-se-nos metodologicamente correcto analisar a arbitrabilidade de questões emergentes de actos administrativos a partir do regime de arbitrabilidade contido no CPTA, sem prejuízo das incursões por outros diplomas que, em cada momento, se justificarem.

Assim, analisaremos o regime contido nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA com relevância para o tema e organizaremos uma tal análise com base na própria sistematização das aludidas alíneas, individualizando a compreensão do tratamento

[265] Esta evolução vai ao encontro da Recomendação (2001) 9 do Conselho da Europa, adoptada em 5 de Setembro de 2001, sobre os modos alternativos de resolução de litígios entre autoridades administrativas e entidades privadas, nos termos da qual "os árbitros devem poder controlar a legalidade de um acto como questão incidental, com vista a poderem tomar uma decisão sobre o mérito da causa, mesmo que não estejam autorizados a controlar a legalidade de um acto com vista a que o mesmo seja anulado". Embora a recomendação se dirija, primariamente, ao controlo da legalidade dos actos administrativos a título incidental, admite-se já, na parte final do texto transcrito, que a legislação possa autorizar os árbitros a proceder à fiscalização da legalidade de actos administrativos a título principal.

conferido à arbitrabilidade de questões emergentes de actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, a que se refere a alínea c), de actos de execução dos contratos, a que se refere a alínea a), de actos procedimentais de formação dos contratos públicos, a que também se refere a alínea a), e de actos administrativos praticados no domínio das relações jurídicas de emprego público, a que se refere a alínea d).

Em segundo lugar, a análise da admissibilidade do controlo arbitral de actos administrativos não ficaria completa se apenas se fizesse referência aos casos em que a legalidade de actos administrativos pode ser apreciada autonomamente, isto é, a título principal, em acção proposta com vista à anulação ou à declaração da nulidade de actos administrativos. Com efeito, a apreciação da legalidade dos actos administrativos constitui, não raras vezes, pressuposto lógico de que depende a decisão de mérito a proferir na arbitragem, sem que a acção arbitral tenha por finalidade a impugnação de um acto administrativo. Dito de outro modo, a apreciação do objecto principal da causa poderá depender da prévia apreciação da legalidade de um acto administrativo, que surge, assim, como questão jurídica suscitada a título incidental. Por isso, afigura-se de toda a relevância averiguar se, caso venha a suscitar-se uma tal questão em acção arbitral, o tribunal arbitral poderá e em que termos decidir a questão, prosseguindo na apreciação e no julgamento da causa.

Em terceiro lugar, optámos por analisar a arbitrabilidade de questões emergentes de actos administrativos sob dois prismas que se diferenciam, essencialmente, pelo critério com base no qual se procede à apreciação da actuação administrativa: o prisma da legalidade, em sentido amplo, designando um parâmetro de aferição da conformidade ou desconformidade da actuação administrativa com as múltiplas vinculações que reclamam observância pela Administração; e o prisma do mérito, designando um parâmetro de aferição da conveniência ou oportunidade da actuação administrativa, nos casos em que a mesma não resulta normativamente densificada, com precisão, em todos os seus elementos.

A opção de separar a análise do controlo da legalidade e do mérito justifica-se pela circunstância de, no nosso ordenamento jurídico, a legalidade (*rectius*, juridicidade) constituir o padrão referencial do controlo jurisdicional da actividade administrativa, pelo que importará indagar autonomamente, num primeiro momento, em que medida o

controlo da legalidade de actos administrativos poderá ser efectuado por tribunais arbitrais e, num segundo momento, em que medida poderão os tribunais arbitrais efectuar um controlo de mérito dos actos administrativos.

2.1. **O controlo da legalidade de actos administrativos por tribunais arbitrais**

2.1.1. A arbitrabilidade autónoma do controlo da legalidade dos actos administrativos

2.1.1.1. Os actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade

O artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA autoriza a constituição de tribunais arbitrais para o julgamento de "questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva". Inteiramente dedicado aos actos administrativos, este preceito tem em vista habilitar a Administração a celebrar convenções de arbitragem sobre litígios respeitantes a actos administrativos abrangidos pelo mesmo. Quanto ao que deva entender-se por *actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade*, deve notar-se que a norma remete expressamente para a lei substantiva, pelo que haverá que recorrer ao regime material da revogação de actos administrativos, por forma a delimitar o recorte dos actos administrativos compreendidos nesta norma.

O CPA dedica a Secção IV do Capítulo II da Parte IV à revogação dos actos administrativos, aí disciplinando o exercício da competência revogatória. Questão duvidosa é, pois, a de saber se, à luz do artigo 2.º, n.º 6, do CPA, este regime é aplicável a todos os actos administrativos, ou seja, "a todas as actuações da Administração Pública – aqui entendida naturalmente no sentido restrito do n.º 2 deste artigo –, independentemente do que se dispuser nas leis (gerais ou especiais) onde tais actuações estejam reguladas"[266]. Seja como for, parece razoável admitir que o regime da revogação contido no CPA é aplicável à generalidade dos actos administrativos, pelo que importa atender a um tal regime para o efeito de determinar o recorte dos actos administrativos a que se refere o

[266] MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, cit., p. 76.

artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA. Justifica-se, portanto, uma incursão pelo regime da revogação dos actos administrativos contido no CPA, limitada, todavia, aos aspectos essenciais para a interpretação daquele preceito do CPTA.

Do ponto de vista do respectivo fundamento, o CPA consagrou duas espécies de revogação: a revogação com fundamento em invalidade e a revogação com fundamento em inconveniência do acto revogado[267]. Sob o mesmo conceito – o de revogação – são tratadas duas realidades distintas – a revogação por inconveniência e a revogação por invalidade –, correspondendo a primeira à "extinção de todos ou parte dos efeitos de um acto administrativo, provocada por um novo acto administrativo que se pratica, explícita ou implicitamente, com fundamento em inoportunidade ou inconveniência do primeiro (ou dos seus efeitos)" e a segunda à destruição dos "efeitos de uma anterior decisão administrativa inválida (*rectius*, anulável), sendo tal invalidade a causa determinante do acto de revogação anulatória"[268] [269].

Fora da possibilidade de revogação ficam, desde logo, por determinação do artigo 139.º do CPA, os "actos administrativos *cuja revogação é logicamente impossível*: não podem ser revogados os actos que não produzem efeitos, como sucede com os actos nulos ou inexistentes e com os actos já anulados por um tribunal administrativo"[270], bem como com os actos objecto de revogação com eficácia retroactiva. Na medida em que o artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA tem em vista *actos administrativos que possam ser revogados*, ficam excluídos do âmbito da arbitragem os actos que não sejam susceptíveis de revogação, como os enunciados no artigo 139.º do CPA. Não poderão, assim, ser apreciados por tribunal arbitral actos administrativos nulos, o que exclui da competência arbitral a declaração da respectiva nulidade ou a ponderação da possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de acto nulos, a que aludem os n.ºs 2 e 3 do artigo 134.º do CPA.

---

[267] JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., p. 265.

[268] MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, cit., p. 667.

[269] A circunstância de o legislador tratar sob o mesmo conceito aquelas duas realidades tem merecido críticas por parte da doutrina, que se tem pronunciado no sentido de só a revogação por inconveniência constituir verdadeira e própria revogação. Cfr., neste sentido, por exemplo, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, cit., p. 667-668; FILIPA URBANO CALVÃO, "Revogação dos Actos Administrativos no Contexto da Reforma do Código do Procedimento Administrativo", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 54, 2005, p. 35; e VIEIRA DE ANDRADE, "Revogação do acto administrativo", *Revista de Direito e Justiça*, VI, 1992, pp. 53 e ss.

[270] JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., p. 265.

Quanto aos demais actos administrativos, o CPA faz assentar o regime da respectiva revogação num critério distintivo primacial: a validade ou invalidade do acto. O mesmo é dizer que a determinação do regime aplicável à revogação de certo acto administrativo, designadamente a admissibilidade da respectiva revogação e os limites dessa revogabilidade, passa por estabelecer, primeiro, se o acto em causa é válido ou inválido.

Nos termos do artigo 140.º do CPA, os actos administrativos válidos são livremente revogáveis, excepto nos seguintes casos, em que ou não são de todo revogáveis ou apenas o são em termos limitados (e já não livremente)[271]: em primeiro lugar, o acto válido não pode ser revogado se a sua prática for imposta por lei, "sendo evidente que o Código apenas afirma a irrevogabilidade do acto válido na parte em que ele seja fruto de vinculação legal"[272], ou, inversamente, quando a lei expressamente proibir a sua revogação (n.º 1, alínea a)); em segundo lugar, não podem ser revogados os actos válidos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos, excepto na parte em que forem desfavoráveis aos interesses dos seus destinatários ou quando todos os interessados concordem com a revogação e não estejam em causa direitos ou interesses indisponíveis (n.º 1, alínea b), e n.º 2, alíneas a) e b))[273]; em terceiro lugar, não podem ser revogados os actos válidos dos quais resultem para a Administração obrigações legais ou direitos irrenunciáveis (n.º 1, alínea c)).

Ao permitir a livre revogabilidade dos actos válidos, a lei autoriza o órgão

[271] JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., p. 266-267.

[272] MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, cit., p. 677.

[273] Importa, neste ponto, assinalar que a irrevogabilidade dos actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos, nos casos não abrangidos pela previsão das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 140.º do CPA, não é, a nosso ver, absoluta. Com efeito, não faz sentido recusar a revogabilidade de tais actos num sistema que permite a imposição de severos sacrifícios aos particulares por razões de interesse público, mormente atribuindo "poderes à Administração para expropriar ou requisitar bens imóveis dos administrados (enfraquecendo o direito de propriedade) ou para rescindir unilateralmente os contratos administrativos por imperativos de interesse público" (PEDRO GONÇALVES, "Revogação (de actos administrativos)", *in* JOSÉ PEDRO FERNANDES (Org.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VII, Lisboa, 1996, p. 316). A recusa da possibilidade de revogação de um acto constitutivo de direitos ou de interesses legalmente protegidos dificilmente poderia compreender-se à luz do regime da cessação unilateral dos contratos administrativos: um tal entendimento significaria defender que "um direito constituído por acto administrativo não pode ser extinto pela Administração; [mas] o mesmo direito, criado por contrato, já pode" (PEDRO GONÇALVES, *Revogação (de actos administrativos)*, cit., p. 316). A possibilidade de revogação destes actos, naturalmente mediante o pagamento de justa indemnização, deve, todavia, ser aplicada com moderação: como escreve FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., p. 486, "esta situação é claramente *excepcional* – e não deve ser usada abusivamente para subverter o regime geral de protecção dos actos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos".

administrativo com competência revogatória a ponderar livremente a conveniência ou oportunidade da manutenção do acto válido na ordem jurídica, o que vale por dizer que os fundamentos para a respectiva revogação situam-se na esfera do mérito. Logicamente, os actos válidos não poderão ser revogados com fundamento em invalidade, pois que "não se pode revogar como inválido aquilo que é válido"[274].

No que respeita aos actos administrativos inválidos, eles são, também, revogáveis, nos termos do artigo 141.º do CPA. Todavia, "se o acto é inválido, não faz sentido invocar a inconveniência – uma alteração de critério administrativo – para fundamentar a revogação de um acto que nunca constituiu um modo lícito de prosseguir o interesse público"[275], pelo que o n.º 1 do artigo 141.º estabelece que os actos inválidos somente poderão ser revogados com fundamento na respectiva invalidade e dentro do prazo previsto para a propositura da respectiva acção de impugnação (o prazo que terminar em último lugar) ou até à resposta da entidade demandada. O preceito estabelece, assim, a irrevogabilidade dos actos inválidos com fundamento em inconveniência no período que medeia entre a prática do acto e o termo do prazo para impugnação jurisdicional do acto, bem como a irrevogabilidade dos actos inválidos com fundamento na sua invalidade após o termo do prazo para a impugnação jurisdicional do acto[276].

É sabido que, na falta de impugnação jurisdicional dos actos administrativos e após o decurso dos respectivos prazos de impugnação, a invalidade de que padeça o acto administrativo consolida-se na ordem jurídica, formando-se *caso decidido* ou *caso resolvido*. A autoridade do caso decidido administrativo impõe-se, pois, não só perante o poder jurisdicional, ao qual é vedado anular o acto com fundamento na ilegalidade de que padece, mas também perante a própria Administração, que deixa de poder revogar o acto com fundamento na sua invalidade. Tal não quer dizer, porém, que o acto não possa mais ser revogado: pelo contrário, tais actos continuam a ser susceptíveis de revogação, mas já não com fundamento na sua invalidade, antes com fundamento em inconveniência,

[274] PAULO OTERO, *Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Actos Administrativos*, cit., p. 88.

[275] DIOGO FREITAS DO AMARAL / JOÃO CAUPERS / JOÃO MARTINS CLARO / JOÃO RAPOSO / MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA / PEDRO SIZA VIEIRA / VASCO PEREIRA DA SILVA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, p. 255.

[276] Os limites temporais estabelecidos no n.º 1 do artigo 141.º do CPA não são, porém, aplicáveis, por imposição do direito da União Europeia, à revogação dos actos administrativos que atribuam a particulares auxílios de Estado que venham a ser considerados ilegais, à luz do direito da União Europeia. Cfr., sobre a questão, JOÃO CAUPERS, "O regime da revogação no CPA: uma revisão conveniente", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82, 2010, pp. 69-73.

aplicando-se-lhes, por analogia, o regime aplicável aos actos válidos, isto é, o regime da revogação por razões de interesse público[277].

Do que antecede resulta, bem assim, que a revogação dos actos inválidos cuja invalidade não se haja consolidado na ordem jurídica (o que, como vimos, compreende somente os actos anuláveis) só pode ter como fundamento a respectiva invalidade, enquanto os actos válidos e os actos inválidos consolidados (ou inimpugnáveis) só podem sê-lo com fundamento em inconveniência ou inoportunidade (por razões de interesse público).

Assim, se os actos inválidos cuja invalidade ainda não se haja consolidado na ordem jurídica apenas podem ser revogados com fundamento na respectiva invalidade, os actos administrativos que possam ser revogados sem este fundamento são, somente, os actos válidos e os actos inválidos cuja invalidade se haja consolidado na ordem jurídica, desde que não se enquadrem em nenhum dos casos em que a sua revogação não é possível à luz do regime do artigo 140.º do CPA. Por conseguinte, deve entender-se que os actos administrativos a que se refere o artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA são os actos administrativos – válidos ou inválidos cuja invalidade já se tenha consolidado – que possam ser revogados à luz do artigo 140.º do CPA[278].

A rigidez da proibição da revogação dos actos administrativos inválidos com fundamento em inconveniência tem suscitado críticas na doutrina, que tende, assim, a atenuá-la em certos casos. Neste sentido, escrevem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO

[277] Cfr., por exemplo, MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, cit., p. 205; PAULO OTERO, *Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Actos Administrativos*, cit., p. 88; e DIOGO FREITAS DO AMARAL / JOÃO CAUPERS / JOÃO MARTINS CLARO / JOÃO RAPOSO / MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA / PEDRO SIZA VIEIRA / VASCO PEREIRA DA SILVA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, cit., pp. 254-255. Na jurisprudência, cfr., por exemplo, acórdão do STA de 11 de Maio de 2005, proferido no processo n.º 289/05, bem como as referências jurisprudenciais dele constantes.

[278] Neste sentido, cfr. PAULO OTERO, *Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Actos Administrativos*, cit., p. 88, analisando o disposto no artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA, escreve que "um acto administrativo pode ser revogado sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva, em dois cenários: (i) Tratando-se de um acto válido – não se pode revogar como inválido aquilo que é válido; (ii) Tratando-se de um acto anulável, depois de consolidada essa invalidade na ordem jurídica, a sua revogação com fundamento em invalidade passa a ser proibida por lei. Em qualquer desses cenários, salvo tratando-se de actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos ou ainda de actos de existência obrigatória por lei, a Administração Pública pode, por razões de inconveniência ou inoportunidade, proceder à sua revogação". Também neste sentido, cfr., ainda, JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., p. 549, considerando que "a lei adoptou uma formulação claramente restritiva: somente podem ser submetidos a arbitragem litígios relativos a actos legais não constitutivos de direitos, visto que apenas estes podem ser revogados com fundamento em inconveniência".

GONÇALVES e PACHECO DE AMORIM que "[p]ode suceder que a invalidade passe despercebida – quanto mais a uma Administração que não é suposto conhecer o Direito Administrativo, como o conhecem os tribunais e os administrativistas – e se revogue o acto inválido pela sua inconveniência para o interesse público, ignorando estar ele afectado de ilegalidade. Face ao artigo 141.º, n.º 1, isso seria ilegal, o que pode não ser nada razoável, como esclarece Vieira de Andrade"[279]. Para o que aqui releva, este argumento levaria a considerar que os actos inválidos (cuja invalidade ainda não se tenha consolidado na ordem jurídica) poderiam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, o que conduziria à sua inclusão no recorte dos actos a que se refere o artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA. O argumento deve, porém, ser considerado em função dos interesses que visa proteger. A sua aplicação no domínio da determinação da esfera de competência dos tribunais arbitrais – que é disso que trata o artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA – implicaria condescender com o desconhecimento do direito administrativo por parte dos tribunais arbitrais, o que se não afigura razoável, atenta a natureza de órgão jurisdicional destes tribunais. Que a Administração possa, por vezes, não detectar a ilegalidade dos actos que ela própria praticou é constatação que poderá, eventualmente, justificar um entendimento diferente quanto às consequências da proibição da revogação dos actos inválidos com fundamento em inconveniência, o que não quer dizer que tal desconhecimento lhe seja, de algum modo, desculpável; que um tribunal, incumbido da função jurisdicional, possa não detectar a ilegalidade de um acto administrativo já não parece minimamente aceitável, não devendo admitir-se que um tribunal arbitral aprecie como válido um acto que é inválido.

Por outro lado, deve ter-se em conta que a remissão para o regime da revogação dos actos administrativos desempenha uma função essencialmente instrumental, com vista a determinar o recorte dos actos administrativos que podem ser submetidos à apreciação dos árbitros. Dito de outro modo, a remissão tem por finalidade permitir a delimitação de um domínio genérico de arbitrabilidade, pelo que as dificuldades práticas suscitadas pelo regime da revogação dos actos administrativos não devem desviar o intérprete da tarefa fundamental de interpretação do regime legal da revogação tendente à determinação de um tal domínio abstracto. As dificuldades que se suscitem para a operatividade da admissibilidade da resolução pela via arbitral de litígios que se situem no âmbito de um tal

[279] MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, cit., pp. 681-682.

domínio genérico devem ser ponderadas no próprio contexto da arbitragem e não no contexto do exercício da competência revogatória, competência de que os tribunais arbitrais não dispõem.

Perante o regime legal da revogação dos actos administrativos, a flexibilização da proibição de revogação dos actos administrativos inválidos por inconveniência merece ponderação em face dos interesses que se joguem no caso concreto e não como implicando a possibilidade generalizada, desligada do caso concreto e aplicável em todos casos, de revogação dos actos inválidos com fundamento em inconveniência, pelo que não deve ser tomada em consideração para a determinação do recorte de actos administrativos que a remissão para o regime da revogação dos actos administrativos visa delimitar.

Acresce que os próprios termos em que se encontra efectuada a remissão afiguram-se consentâneos com uma interpretação segundo a qual alguma distinção haverá entre os actos que possam ser revogados sem fundamento em invalidade e os que possam sê-lo com esse fundamento, pois que só os primeiros são convocados para a delimitação do recorte de arbitrabilidade estabelecido pela alínea c) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA. Naturalmente que é à lei substantiva que cabe determinar se são todos ou apenas alguns os actos administrativos que podem ser revogados sem fundamento na sua invalidade, mas os termos da remissão coadunam-se com a interpretação que vimos fazendo do regime da revogação dos actos administrativos, segundo a qual só podem ser revogados sem fundamento na respectiva invalidade os actos válidos e os actos inválidos cuja invalidade se haja consolidado na ordem jurídica, e, em ambos os casos, apenas aqueles cuja revogação seja possível à luz do artigo 140.º do CPA.

Delimitado o recorte dos actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade – os actos válidos e os actos inválidos cuja invalidade se haja consolidado na ordem jurídica –, cabe agora analisar se as *questões* cuja resolução por tribunais arbitrais é admitida pelo artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA abrangem a fiscalização da legalidade dos actos administrativos a que o preceito se refere.

Relativamente aos actos administrativos que sejam válidos, parece poder afirmar-se que as questões relativas aos mesmos susceptíveis de ser submetidas à apreciação dos árbitros não envolvem a fiscalização, a título principal, da respectiva legalidade, pois que a validade de tais actos é pressuposto da arbitrabilidade do litígio, conforme resulta da remissão operada para o regime da revogação dos actos administrativos. Ora, não faz

sentido admitir a fiscalização da legalidade de actos administrativos cuja validade constitui pressuposto da admissibilidade de uma tal fiscalização.

No atinente aos actos inválidos cuja invalidade se haja consolidado na ordem jurídica, haverá que concluir, também, que está vedada aos árbitros a apreciação da respectiva invalidade, justamente, porque essa ilegalidade se consolidou na ordem jurídica, em termos de se poder afirmar que a invalidade de que padecem não pode já ser jurisdicionalmente sindicada. A inclusão de actos inválidos no recorte de actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade supõe, como vimos, nos termos do artigo 141.º do CPA, que a respectiva invalidade não seja já susceptível de fiscalização jurisdicional, isto é, que se tenha consolidado na ordem jurídica. A circunstância de estar vedado aos tribunais – arbitrais ou estaduais – o controlo da legalidade dos concretos actos que se pretende submeter à apreciação do tribunal arbitral constitui pressuposto da revogabilidade de tais actos sem fundamento na sua invalidade, funcionando, por isso, como verdadeiro pressuposto da sua arbitrabilidade, à luz da interpretação conjugada dos artigos 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA e 141.º, n.º 1, do CPA: a arbitrabilidade destes actos inválidos depende, precisamente, de já não poder ser jurisdicionalmente sindicada a sua invalidade.

Resulta, assim, de quanto se escreveu que as *questões* a que se refere o artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA não envolvem o controlo, a título principal, da legalidade dos actos administrativos a que o preceito se refere.

Mais complexo, porém, será o caso de o litígio respeitar ao controlo da legalidade de um acto administrativo de segundo grau que deva ser tido por autonomamente impugnável: constituindo os actos secundários aqueles que "*versam directamente sobre um acto primário anterior e, portanto, só indirectamente regulam a situação real subjacente ao acto primário*"[280], cabe perguntar se o artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA autoriza o controlo arbitral da legalidade de um acto secundário que verse directamente sobre um acto que possa ser revogado sem fundamento na sua invalidade.

Ilustrando a situação com um exemplo, poderá suceder que a Administração proceda à revogação de um acto administrativo válido e livremente revogável, sendo o acto revogatório inválido por padecer de um vício próprio, apenas respeitante a este acto secundário. Nestes casos, poderá considerar-se que o litígio em torno da invalidade do

[280] DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., p. 295.

acto revogatório é, ainda, uma *questão relativa* a um acto administrativo que possa ser revogado sem fundamento na sua invalidade?

Dito de outro modo, a alínea c) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA tem em vista apenas questões *incidentes* sobre actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade – caso em que estaria totalmente excluído do seu âmbito o controlo da legalidade de quaisquer actos administrativos – ou abrange, também, questões que, embora incidam sobre outros actos administrativos, sejam ainda *relativas* a actos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade?

Por nossa parte, pensamos que, em abstracto, o preceito em análise não exclui a arbitrabilidade de litígios em que a pronúncia requerida ao tribunal não incida directamente sobre actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, o que se mostra consentâneo com uma interpretação do preceito conforme ao princípio constitucional do favorecimento do processo. No entanto, embora possa considerar-se que a previsão normativa poderá compreender um litígio que incida sobre outros actos, forçoso será reconhecer que o preceito exige que a configuração do litígio – *a questão a apreciar* – assente numa conexão material relevante entre o acto sobre que o litígio incide directamente e um acto revogável sem fundamento na sua invalidade. Para que a questão a apreciar seja *relativa* a um acto que possa ser revogado sem fundamento na sua invalidade, parece que se exigirá, pelo menos, que a questão submetida à apreciação dos árbitros releve de um acto deste tipo, isto é, respeite, ainda que indirectamente, a um tal acto. No domínio das questões de legalidade, porém, uma tal interpretação não permitirá chegar à admissibilidade do controlo da legalidade dos actos administrativos secundários, já que, tratando-se de um acto inválido por vícios próprios, não parece verificar-se a conexão material exigida com o acto primário; inversamente, tratando-se de um acto inválido por vícios do acto primário, verificando-se embora a aludida conexão material, forçoso será considerar que já não seria admissível a apreciação jurisdicional de uma tal invalidade, uma vez que o acto primário já se teria consolidado na ordem jurídica.

Retornando ao exemplo ilustrativo da situação em apreço, não cremos que possa considerar-se compreendida na previsão do preceito a apreciação da legalidade do acto revogatório (um acto secundário relativamente a um acto válido e livremente revogável), por um vício próprio deste, por faltar a aludida conexão material. Esse já não seria um

litígio relativo ao acto primário, nem sequer indirectamente. Diversamente, já seria de ponderar a arbitrabilidade do controlo da legalidade de um acto secundário se a invalidade deste acto derivasse da invalidade do acto primário, mas também aqui há um obstáculo inultrapassável: os actos primários relevantes para este efeito seriam, obrigatoriamente, actos válidos ou cuja invalidade já se consolidou na ordem jurídica, pelo que já não seria uma tal invalidade susceptível de ser jurisdicionalmente apreciada, mesmo que por meio da impugnação do acto secundário.

Coloca-se, entretanto, a questão de saber se o tribunal arbitral poderá proceder a um juízo incidental sobre a validade dos actos submetidos à sua apreciação, para o efeito de determinar a arbitrabilidade do litígio. Ou seja, apesar de o artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA excluir da sua previsão a fiscalização da legalidade de actos administrativos a título principal, estando, por isso, vedada ao tribunal arbitral a anulação de actos administrativos com fundamento na sua ilegalidade[281], poderá este conhecer incidentalmente da validade de actos administrativos, exclusivamente com vista a determinar se os mesmos constituem *actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade*?

É sabido que a competência do tribunal arbitral depende não apenas da existência de convenção de arbitragem que abranja o litígio submetido à apreciação do tribunal, mas também de que o objecto de um tal litígio se contenha no recorte de arbitrabilidade legalmente fixado. A LAV consagra no seu artigo 18.º, n.º 1, aplicável no domínio da arbitragem administrativa por via do artigo 181.º, n.º 1, do CPTA, o efeito positivo da convenção de arbitragem, estabelecendo "a regra designada como da *Kompetenz-Kompetenz*, segundo a qual o tribunal arbitral é competente para apreciar a sua própria competência"[282]. Se assim é, parece razoável admitir que, quando confrontado com um litígio que tenha por objecto questões respeitantes a actos administrativos, o tribunal arbitral terá competência para averiguar previamente a validade de tais actos administrativos, por forma a determinar a arbitrabilidade do litígio e, bem assim, a sua

[281] Estamos, evidentemente, a pensar em situações que não se enquadrem na previsão de outras alíneas do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA que admitam a apreciação da validade de actos administrativos.

[282] PEDRO SIZA VIEIRA, *in* ARMINDO RIBEIRO MENDES / DÁRIO MOURA VICENTE / JOSÉ MIGUEL JÚDICE / JOSÉ ROBIN DE ANDRADE / PEDRO METELLO DE NÁPOLES / PEDRO SIZA VIEIRA, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, cit., p. 42.

competência[283]. Tratar-se-á, bem se vê, de uma averiguação incidental, cujos efeitos se projectam, exclusivamente, na decisão sobre a competência do tribunal.

A questão de saber se o artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA permite a arbitrabilidade de questões de legalidade de actos administrativos tem suscitado, na doutrina, posições divergentes.

Embora não se tenha pronunciado sobre a questão colocada nestes termos, parece poder afirmar-se que, para PAULO OTERO, estará excluído do âmbito da arbitragem administrativa o controlo da legalidade de actos administrativos com fundamento no preceito em análise[284]. Diferentemente, para MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, a previsão normativa do artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA "deve ser interpretada no sentido de possibilitar a fiscalização em sede arbitral da legalidade [dos] atos administrativos" a que o preceito se refere. Para este autor, "o preceito em referência não faz propriamente referência à possibilidade de submeter a arbitragem a questão da revogação de atos válidos, mas a apreciação de «questões relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade». Essas questões hão de ser, por conseguinte, as questões de validade que se coloquem a respeito dos atos que, por não serem *atos devidos* [...], mas *atos precários*, *atos constitutivos de direitos disponíveis ou atos desfavoráveis cujos efeitos não resultam de lei imperativa*, pertencem, em abstracto, à categoria dos atos que podem ser revogados sem fundamento na sua invalidade"[285].

Por nossa parte, conforme resulta do que antecede, não cremos que o preceito tenha o alcance de permitir o controlo da legalidade de qualquer acto que possa ser revogado

---

[283] Note-se que uma tal averiguação poderá ser desnecessária, uma vez que, evidentemente, a arbitrabilidade do litígio poderá resultar de outra alínea do n.º 1 do artigo 180.º, dispensando um juízo incidental sobre a validade dos actos administrativos objecto do litígio.

[284] Cfr. PAULO OTERO, *Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Actos Administrativos*, cit., pp. 85-86. Para este autor, "[e]ncontra-se excluído do âmbito da arbitragem administrativa, segundo uma solução legislativa que visa respeitar a tradição jurídica nacional, o controlo da legalidade das seguintes formas de actuação jurídica da Administração Pública:

(i) Os actos administrativos destacáveis do procedimento pré-contratual;

(ii) Os actos administrativos com objecto passível de contrato administrativo;

(iii) Todos os restantes actos administrativos susceptíveis de acção administrativa especial;

(iv) O controlo da legalidade, a título principal, de normas regulamentares".

[285] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal*, cit., pp. 22-23. Em escritos anteriores, o autor citado já admitia a hipótese de a previsão normativa do preceito em análise abranger questões de legalidade relativas a actos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos do artigo 140.º do CPA (cfr., em co-autoria com CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., pp. 1148-1149; e, ainda, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., pp. 342 e 343).

sem fundamento em invalidade nos termos do artigo 140.º do CPA, precisamente porque os actos administrativos que possam ser revogados nos termos do artigo 140.º do CPA ou são, em concreto, actos válidos ou são actos que padecem de uma invalidade que já não pode ser jurisdicionalmente apreciada. Se bem que a utilização da expressão "questões relativas a actos administrativos" seja suficientemente ampla para nela se considerar incluída a fiscalização da legalidade de actos administrativos, o legislador parece ter restringido o âmbito de tais questões através do recurso ao regime substantivo da revogação dos actos administrativos.

Com efeito, se se considerasse que o tribunal arbitral poderia apreciar a legalidade de actos administrativos, tal implicaria que os actos administrativos sobre os quais recaísse um tal juízo invalidatório (só) poderiam ser revogados com fundamento na sua invalidade, pois os actos cuja invalidade ainda possa ser jurisdicionalmente sindicada, nos termos do artigo 141.º do CPA, só podem ser revogados com fundamento na respectiva invalidade, o que ditaria a inarbitrabilidade do litígio, atento o facto de que só são arbitráveis questões relativas a actos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade.

Importa verificar, a este propósito, que o artigo 141.º, n.º 1, do CPA não distingue entre a impugnação junto dos tribunais estaduais e uma eventual impugnação junto de tribunais arbitrais, para o efeito de limitar o fundamento da revogação de actos inválidos: segundo cremos, sempre que a invalidade de um acto possa ainda ser objecto de apreciação jurisdicional (por um tribunal estadual ou por um tribunal arbitral), esse acto, sendo inválido, não pode ser revogado sem fundamento na sua invalidade.

Ao estabelecer que a Administração somente pode revogar os actos inválidos com fundamento na sua invalidade "dentro do prazo do respectivo recurso contencioso ou até à resposta da entidade recorrida", o artigo 141.º, n.º 1, do CPA visa assegurar o respeito pela consolidação na ordem jurídica da invalidade do acto, fixando um momento a partir do qual a Administração não poderá invocar a invalidade do acto para proceder à sua revogação. De acordo com o regime fixado por este preceito, um tal momento é transversal na ordem jurídica: a invalidade do acto consolida-se uma vez decorrido o prazo para a impugnação jurisdicional do acto (que terminar em último lugar), o que significa que essa invalidade não só não mais poderá ser jurisdicionalmente sindicada, como não poderá ser invocada pela Administração para proceder à revogação do acto.

A lei utiliza a expressão "dentro do prazo do recurso contencioso", mas tal não

deve conduzir o intérprete a considerar que se trata apenas do prazo para a promoção dos meios processuais impugnatórios junto dos tribunais estaduais. A expressão *recurso contencioso*, tributária do anterior quadro regulador do processo administrativo, deve, actualmente, ser interpretada de acordo com as leis de processo em vigor, correspondendo aos meios processuais de que é possível lançar mão para submeter autonomamente um acto administrativo a fiscalização jurisdicional, independentemente de se tratar de um tribunal estadual ou arbitral.

Uma tal interpretação, sem distinção de categorias de tribunais, afigura-se consentânea com o espírito da norma que, como vimos, visa limitar a revogabilidade do acto inválido com fundamento na sua invalidade ao período em que essa invalidade ainda não se consolidou na ordem jurídica por poder ser ainda objecto de apreciação jurisdicional. Ora, se se considerasse que o preceito se refere apenas aos meios processuais impugnatórios junto dos tribunais estaduais, então teria de se considerar que, no momento em que a Administração ficasse impedida de invocar a invalidade do acto para proceder à sua revogação, essa invalidade poderia não estar, ainda, consolidada na ordem jurídica, pois que, dependendo da disciplina da arbitragem, poderia vir a ser conhecida por um tribunal arbitral. Por outras palavras, a limitação temporal da revogabilidade dos actos administrativos com fundamento na sua invalidade deixaria de andar ligada ao momento em que a invalidade do acto se consolida na ordem jurídica, o que, sendo possível *de iure condendo*, surgiria como uma quebra de coerência dificilmente explicável no plano do direito constituído.

Considerando, deste modo, que o artigo 141.º, n.º 1, do CPA limita a revogabilidade dos actos inválidos com fundamento na respectiva invalidade ao período durante o qual essa invalidade ainda não se consolidou na ordem jurídica, forçoso será admitir que os tribunais arbitrais não têm, à luz do artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA, competência para apreciar a invalidade dos actos administrativos a que a norma se refere, pois que a admissibilidade do recurso à arbitragem para o controlo da legalidade de um acto administrativo implicaria que esse acto administrativo fosse, no plano substantivo, um acto que não poderia ser revogado sem fundamento na sua invalidade, tratando-se, por isso, de um acto excluído do recorte de arbitrabilidade do artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA.

Admitindo que não é fácil determinar os tipos de actos abrangidos pela previsão

normativa do artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA, VIEIRA DE ANDRADE considera, "em face do artigo 140.º do CPA, que a delimitação tem de se fazer negativamente, abrangendo todos *os actos cujos efeitos não sejam impostos por lei imperativa*. Neste entendimento, *exceptuam-se*, então, da arbitragem os actos *irrevogáveis* por determinação legal [n.º 1, alínea a)], os actos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos que sejam *indisponíveis* [n.º 1, alínea b), conjugado com o n.º 2, alínea b)], e os actos constitutivos para a Administração de obrigações legais ou de direitos *irrenunciáveis* [n.º 1, alínea c)]. Pelo contrário, admitir-se-á a arbitragem quando estejam em causa actos favoráveis *precários* ou constitutivos de *direitos disponíveis*, bem como os actos desfavoráveis cujos efeitos não resultem de lei imperativa. [...] A ser assim, verifica-se que – ao contrário do que acontecia antes, no contexto da diferenciação entre "acções" e "recursos" –, a arbitragem não respeita agora a questões *patrimoniais*, nem dela se exclui a apreciação da *validade* de actos administrativos"[286]. Para o autor citado, "as questões relativas [...] a actos com efeitos disponíveis incluem certamente quaisquer questões de legalidade desses tipos de actos"[287].

Pelas razões já apontadas, não acompanhamos um tal entendimento. Com efeito, segundo cremos, os actos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade não são *todos* os actos cujos efeitos não sejam impostos por lei imperativa, mas apenas aqueles que, de entre estes, sejam válidos ou cuja invalidade já se tenha consolidado na ordem jurídica (pois que os demais actos inválidos não podem ser revogados sem fundamento na sua ilegalidade). Por esta razão, tratando-se de *actos válidos* ou *cuja invalidade já não pode ser jurisdicionalmente sindicada* (nem invocada para o efeito da sua revogação, afirmando-se, por isso mesmo, que se *consolidou na ordem jurídica*), parece-nos que as questões relativas a estes actos administrativos não incluem questões de validade.

Também ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA considera que é "clara a susceptibilidade de reconduzir à previsão do artigo 180.º/1/c a apreciação pelos árbitros da própria legalidade dos actos administrativos aí referidos", posição que também não acompanhamos. Segundo esta autora, "referindo-se a norma em análise a actos administrativos susceptíveis de serem revogados com fundamento no mérito, a principal causa de ilegalidade que aos árbitros pode ser cometido apreciar será o desrespeito dos

[286] VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa - Lições*, cit., pp. 125-126.
[287] VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa - Lições*, cit., pp. 126-127.

limites [do] poder discricionário ou das fronteiras da margem de livre apreciação que à Administração Pública é reconhecida"[288]. Conforme resulta do que anteriormente referimos, é justamente porque a norma em causa se refere a actos administrativos susceptíveis de revogação com fundamento no mérito que o controlo da legalidade destes actos está vedado aos árbitros, pois que os actos em causa ou são válidos ou padecem de invalidade que já não pode ser jurisdicionalmente sindicada, incluindo, por isso, a matéria respeitante à observância dos limites da margem de livre decisão administrativa, que constitui, como se sabe, matéria de legalidade.

Tendo concluído que o regime jurídico da revogação dos actos administrativos actualmente em vigor não permite ir mais longe na interpretação do artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA, por forma a considerar que dele resulta uma permissão legal de submissão a tribunais arbitrais do controlo da validade de actos administrativos, cabe reconhecer que uma eventual alteração do mencionado regime substantivo poderia alterar muito significativamente aquela conclusão, se se considerar que a remissão operada por este preceito para o regime substantivo se trata de uma remissão dinâmica (ou formal), em vista do regime substantivo que em cada momento se encontre em vigor.

A este propósito, importa assinalar que está em curso um processo de revisão do CPA, cujo projecto, recentemente divulgado pelo Ministério da Justiça[289], deixa antever, nos artigos 164.º e ss., uma profunda alteração do regime da revogação dos actos administrativos. Na exposição de motivos do referido projecto de revisão do CPA, refere-se que "o Código, com esta revisão, concretiza e aprofunda a distinção entre a revogação propriamente dita e a revogação anulatória, passando a designar esta, na esteira da generalidade da doutrina dos países europeus, como «anulação administrativa» (artigo 164.º). No seguimento desta distinção, estabelecem-se os condicionalismos aplicáveis a cada uma das figuras, em função da sua finalidade e razão de ser, regulando-se com algum pormenor várias situações e resolvendo-se alguns problemas que têm sido suscitados (artigos 166.º e 167.º), dando-se expressão às propostas de alteração aos artigos 140.º e 141.º que, ao longo dos últimos vinte anos, têm sido formuladas na doutrina e que, no essencial, são inspiradas pela lei de procedimento alemã"[290].

O projecto de revisão do CPA adopta um conceito de *revogação* mais restrito do

[288] ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, cit., p. 62.
[289] Cfr. nota 12.
[290] Cfr. projecto de revisão do CPA identificado na nota 12, p. 21.

que actualmente sucede, compreendendo, apenas, a cessação dos efeitos de um acto administrativo com fundamento em razões de mérito, conveniência ou oportunidade. A destruição dos efeitos de um acto administrativo com fundamento na sua invalidade passará, de acordo com o projecto, a ser designada por *anulação administrativa*. Com a projectada alteração do regime jurídico da revogação dos actos administrativos, é aprofundada a distinção entre aquelas duas modalidades de extinção dos efeitos de um acto administrativo anterior, passando a corresponder a institutos jurídicos distintos – a revogação e a anulação administrativas –, cada um com o seu próprio âmbito de aplicação, que importa analisar mais detidamente, com vista a averiguar se desta alteração resulta alguma consequência ao nível do recorte de actos administrativos delimitado no artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA. Embora não tenhamos por certo que a remissão operada por este preceito para o regime substantivo se trata de uma remissão dinâmica (ou formal), em vista do regime que em cada momento se encontre em vigor, na falta de um elemento que, de forma razoavelmente clara, disponha em sentido contrário, propendemos a considerar que assim é.

Uma primeira leitura dos artigos 164.º a 167.º do projecto poderia levar à conclusão de que, eliminando-se a referência normativa à distinção entre actos válidos e inválidos, com base na qual é delineado o regime da revogação dos actos administrativos actualmente vigente[291] e que restringe o fundamento susceptível de ser invocado para a revogação dos actos inválidos, o fundamento possível para a prática de um acto de cessação dos efeitos de um acto administrativo anterior deixará de andar necessariamente ligado ao valor jurídico do acto. Atenta a letra dos artigos 164.º, n.º 1, 165.º e 166.º do projecto, nenhum obstáculo parece colocar-se a que a Administração possa proceder à revogação de actos administrativos anuláveis com fundamento em razões de mérito, conveniência ou oportunidade (tal como sucede actualmente, continuará a não ser possível, por determinação expressa do artigo 165.º do projecto, proceder à revogação de actos nulos, o que se mostra coerente com o regime da nulidade: não seria, logicamente, possível extinguir os efeitos jurídicos de um acto originariamente inapto para a produção de efeitos dessa natureza). No quadro desta interpretação, desaparecendo a restrição actualmente vigente quanto ao fundamento possível da revogação de um acto administrativo inválido, o recorte dos actos administrativos a que alude o artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA seria fortemente ampliado, passando a abranger, de acordo com o

[291] Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., p. 474.

regime dos artigos 165.º e 166.º do projecto de revisão do CPA, quaisquer actos administrativos, válidos ou inválidos, com excepção dos actos nulos, dos actos anulados contenciosamente, dos actos revogados com eficácia retroactiva, dos actos irrevogáveis por determinação legal, dos actos de que resultem para a Administração obrigações legais ou direitos irrenunciáveis e dos actos constitutivos de direitos (salvo nos casos previstos nas quatro alíneas do n.º 3 do artigo 166.º). Pelas razões que procuraremos explicitar de seguida, não nos parece, todavia, que esta seja a melhor interpretação dos artigos 164.º e ss. do projecto de revisão do CPA.

O artigo 164.º, n.º 1, do projecto define a revogação dos actos administrativos como "o ato administrativo que determina a cessação dos efeitos de outro ato, por razões de mérito, conveniência ou oportunidade", enquanto o n.º 2 define a anulação administrativa como "o ato administrativo que determina a destruição dos efeitos de outro ato, com fundamento em invalidade". O confronto destas duas definições permite identificar dois elementos fundamentais que distinguem revogação e anulação administrativas, os quais se projectam, irremediavelmente, no respectivo regime jurídico: por um lado, é distinto o fundamento susceptível de ser invocado para a prática do acto secundário visado em cada uma das figuras – *razões de mérito*, no caso da revogação, e *invalidade*, no caso da anulação; por outro lado, são distintos os efeitos produzidos pelo acto secundário visado em cada uma das figuras – *cessação* dos efeitos do acto primário, no caso da revogação, e *destruição* dos efeitos do acto primário, no caso da anulação.

Relativamente ao primeiro daquele elementos, cumpre registar que a circunstância de a anulação administrativa ter por fundamento a invalidade (*rectius*, anulabilidade[292]) do acto primário exclui, logicamente, do âmbito de aplicação desta figura os actos válidos – não se pode anular com fundamento em invalidade um acto que é válido. A anulação administrativa constitui, bem assim, o meio próprio e adequado à disposição da Administração para remover da ordem jurídica um acto ferido de anulabilidade. Mais complexa, porém, é a questão de saber se a anulação administrativa é o único meio de que a Administração pode lançar mão para esse efeito. Por outras palavras, suscita-se a questão de saber se, perante um acto administrativo que seja anulável, a Administração pode escolher entre revogá-lo, com fundamento no mérito, ou anulá-lo, com fundamento na sua invalidade.

[292] Os actos nulos permanecem, à luz do artigo 165.º, n.º 1, alínea a), do projecto de revisão do CPA, excluídos da possibilidade de anulação.

A resposta à questão colocada passa, segundo cremos, pela consideração da função atribuída a cada uma das figuras em causa, em relação directa com os efeitos que visam produzir, o segundo dos elementos a que aludimos. Importa verificar que a existência de duas figuras tendentes à extinção dos efeitos de actos administrativos anteriores encontra a sua razão de ser na circunstância de serem distintas as realidades que cada uma delas pretende regular, sendo também distinto o tratamento que se pretende conferir a cada uma dessas realidades.

O regime da revogação dos actos administrativos desempenha uma função de protecção do interesse público, reconhecendo a sua inevitável variabilidade e, como tal, permitindo, dentro de certos limites, que a Administração opere a cessação dos efeitos de actos administrativos anteriormente praticados, com fundamento em razões de mérito, conveniência ou oportunidade. É assim que a revogação dos actos administrativos determina que, por regra, os actos revogados apenas deixem de produzir efeitos para o futuro, ficando salvaguardados os efeitos já produzidos, conforme resulta dos artigos 164.º, n.º 1, e 171.º, n.º 1, do projecto de revisão do CPA. A título excepcional, a Administração poderá, porém, atribuir eficácia retroactiva à revogação quando esta seja favorável aos interessados ou quando estes concordem expressamente com a retroactividade e não estejam em causa direitos ou interesses indisponíveis, nos termos do artigo 171.º, n.º 1, do mencionado projecto.

Diferentemente, o regime da anulação administrativa desempenha uma função de protecção da legalidade da actuação administrativa, decorrente da intolerabilidade (limitada) da subsistência na ordem jurídica de um acto administrativo praticado com ofensa da legalidade. A anulação administrativa constitui, bem assim, um meio de que a Administração pode lançar mão para repor a legalidade ofendida por acto administrativo anteriormente praticado, procedendo à sua eliminação da ordem jurídica. É assim que a anulação administrativa, por regra, tem eficácia retroactiva, não só implicando que o acto revogado deixe de produzir efeitos jurídicos para o futuro, mas também operando a completa destruição dos efeitos jurídicos já produzidos no passado, conforme resulta dos artigos 164.º, n.º 2, e 171.º, n.º 2, do projecto de revisão do CPA. A título excepcional, a Administração poderá determinar que o acto anulado apenas deixará de produzir efeitos para o futuro, salvaguardando os efeitos já produzidos, desde que o acto já não possa ser jurisdicionalmente impugnado, nos termos do artigo 171.º, n.º 2, do aludido projecto.

O projecto de revisão do CPA associa, assim, à eliminação de actos anuláveis da ordem jurídica um regime distinto do que se encontra nele previsto para a extinção dos efeitos de actos administrativos com fundamento em razões de mérito, aquele fortemente marcado pela ideia de que um acto praticado com ofensa da legalidade é um acto que nunca deveria ter sido praticado, razão pela qual todos os seus efeitos, mesmo os já produzidos, devem, por regra, ser destruídos, e este orientado pela ideia de que a variabilidade do interesse público justifica a cessação dos efeitos de um acto administrativo, mas apenas para o futuro, conferindo maior protecção à posição do particular. Segundo cremos, a diferença de regimes assenta, justamente, no valor jurídico do acto primário, em termos de se poder afirmar que a opção pela anulação ou pela revogação é condicionada pela validade do acto primário, não só no sentido de que só é possível recorrer à anulação se se estiver perante um acto anulável, mas também no sentido inverso de que só é possível recorrer à revogação se se estiver perante um acto válido ou que já não possa ser anulado. Permitir à Administração revogar um acto inválido seria permitir-lhe contornar os efeitos que a própria lei pretende associar à extinção dos efeitos de um acto administrativo inválido, designadamente a retroactividade dos efeitos da anulação. Um tal entendimento privilegiaria uma leitura formal dos preceitos em causa, centrada no fundamento escolhido pela Administração para proceder à referida extinção, em detrimento da razão subjacente às soluções previstas para cada um dos casos de extinção dos efeitos de actos administrativos anteriores.

Deve notar-se que o artigo 171.º, n.º 1, do projecto de revisão do CPA impõe a eficácia retroactiva da anulação de um acto administrativo, apenas permitindo à Administração salvaguardar os efeitos já produzidos pelo acto anulado, quando este se tenha tornado inimpugnável por via jurisdicional. Inversamente, a atribuição de eficácia retroactiva à revogação dos actos administrativos, à luz do artigo 171.º, n.º 1, do projecto, só muito limitadamente é admissível. Assim, enquanto o acto inválido puder ser jurisdicionalmente impugnado, a retroactividade dos efeitos da sua extinção da ordem jurídica resulta de uma imposição legal, que não pode ser contornada pela escolha de um fundamento diferente da sua invalidade para promover a referida extinção. Deve, por isso, entender-se que a anulação administrativa é o único meio de que a Administração pode lançar mão para proceder à extinção dos efeitos de um acto administrativo inválido, conclusão que deve valer para todo o acto susceptível de ser administrativamente anulado e não apenas para os actos que ainda possam sê-lo por via jurisdicional. Embora a

Administração disponha de maior flexibilidade na determinação dos efeitos da anulação de um acto que já não possa ser jurisdicionalmente impugnado, deve entender-se que ainda é no quadro da aplicação do regime da anulação administrativa que tal flexibilidade pode ser aproveitada. À semelhança do que sucede actualmente com a aplicação do regime da revogação dos actos válidos aos actos inválidos que já não possam ser revogados com fundamento na sua invalidade, nenhum obstáculo se coloca à aplicação do regime da revogação previsto no projecto de revisão do CPA aos actos inválidos que já não possam ser objecto de anulação administrativa.

Em face do que antecede, conclui-se que, enquanto um acto administrativo anulável puder ser objecto de anulação administrativa, este é o único meio de que a Administração poderá lançar mão para proceder à extinção dos seus efeitos. Donde, o âmbito de aplicação da revogação administrativa compreende, apenas, os actos válidos e, também, os actos cuja invalidade se haja consolidado na ordem jurídica, por já não poderem ser objecto de anulação, nem por via jurisdicional, nem por via administrativa.

Retornando agora ao artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA, cumpre referir que não é diferente o recorte de actos administrativos que emerge deste preceito à luz do regime contido no projecto de revisão do CPA em análise, relativamente ao que resulta do regime da revogação dos actos administrativos actualmente em vigor. Com efeito, no quadro do projecto, os actos administrativos só podem ser revogados sem fundamento em invalidade, pelo que o âmbito da remissão operada pelo artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA confunde-se com o próprio âmbito de aplicação da revogação administrativa. Conforme resulta do que anteriormente se escreveu, um tal âmbito compreende os actos válidos e, também, os actos cuja invalidade já não possa ser jurisdicional ou administrativamente sindicada, deixando, portanto, de fora os actos inválidos que ainda possam ser anulados por via administrativa ou jurisdicional. Estando os actos anuláveis cuja invalidade ainda possa ser apreciada excluídos do recorte de actos administrativos susceptíveis de revogação, deve entender-se, à semelhança do que já anteriormente se referiu no quadro do regime actualmente vigente, que as questões a que alude o artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA, caso o projecto de revisão do CPA venha a ser aprovado nos termos em que se encontra actualmente formulado, continuarão a não incluir o controlo da validade de actos administrativos.

Em suma, tendo concluído que as questões susceptíveis de ser confiadas ao

julgamento por árbitros, ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA, não incluem o controlo da legalidade de actos administrativos, por a tanto se opor o recorte de actos administrativos cuja arbitrabilidade é estabelecida por aquele preceito, haverá que concluir que as *questões* a que se refere o preceito só podem dizer respeito a aspectos de conveniência ou oportunidade dos actos administrativos, razão pela qual remetemos o aprofundamento do recorte de arbitrabilidade fixado por este preceito para a análise do controlo do mérito dos actos administrativos por tribunais arbitrais.

2.1.1.2. Os actos administrativos contratuais

Nos termos do artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA, poderão ser constituídos tribunais arbitrais para o julgamento de "questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução". Resulta, pois, deste preceito, com manifesta clareza, que os tribunais arbitrais poderão apreciar, a título principal, a legalidade dos actos administrativos relativos à execução de contratos.

Já se sabe que nem sempre assim foi: anteriormente à entrada em vigor do CPTA, a arbitragem no domínio dos contratos administrativos não podia ter por objecto, a título principal, questões relativas aos actos administrativos respeitantes à execução desses contratos[293], porquanto se entendia que, em face do artigo 2.º, n.º 2, do ETAF de 1984, somente as questões contratuais objecto de acção administrativa poderiam ser cometidas a árbitros, ficando excluídas as questões objecto de recurso contencioso. Por constituir matéria onde já a Administração havia introduzido uma definição jurídica, a impugnação dos *actos destacáveis* sobre a execução do contrato seguiria a forma de recurso contencioso e não de acção administrativa.

A solução introduzida pelo CPTA, rompendo com tradição jurídica anterior de restringir o âmbito da arbitragem a domínios onde a Administração não actuava no exercício de poderes de autoridade[294], afigura-se, pois, de toda a vantagem, como salientam MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, porquanto permite a apreciação, num mesmo processo, das múltiplas questões que se

[293] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., pp. 1147.

[294] Cfr. acórdão do TCAN de 7 de Março de 2013, proferido no processo n.º 395/07.0BEBRG; e acórdão do TCAS de 8 de Novembro de 2012, proferido no processo n.º 05507/09.

suscitem sobre determinada relação contratual[295].

Os actos administrativos relativos à execução de contratos, a que se refere o preceito em análise, são os que substantivamente possam ser qualificados como tais, o que vale por dizer que é no direito substantivo que o intérprete deverá procurar recortar a noção relevante de actos administrativos relativos à execução de contratos, para o efeito do âmbito de arbitrabilidade estabelecido pelo preceito em análise. Objecto de dificuldades teóricas no domínio da vigência do direito anterior ao CCP, a distinção entre as meras declarações negociais da Administração contratante e os actos administrativos sobre a execução de um contrato encontra, actualmente, no CCP, expressa previsão legal: dir-se-á que são actos administrativos contratuais, sendo, por isso, arbitráveis nos termos do artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA, pelo menos, as actuações da Administração contratante que se enquadrem na previsão normativa do artigo 307.º, n.º 2, do CCP, segundo o qual "revestem a natureza de acto administrativo as declarações do contraente público sobre a execução do contrato que se traduzam" nos tipos decisórios aí enunciados[296]. Actos administrativos contratuais serão, ainda, aqueles que sejam praticados em execução de contratos de trabalho em funções públicas – quanto a estes, porém, haverá que harmonizar o regime da alínea a) com o da alínea d) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA.

Considerando que, conforme concluímos, a actividade desempenhada pelos árbitros é constitucionalmente enquadrada como verdadeiro exercício de poderes jurisdicionais sobre o objecto do litígio, a "apreciação de actos administrativos" que o artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA tem em vista, na ausência de qualquer restrição – legal ou constitucional – ao âmbito de uma tal apreciação, corresponde a um controlo jurisdicional pleno dos actos administrativos contratuais, pelo que se conclui pela admissibilidade do recurso a tribunais arbitrais para a fiscalização da conformidade ou desconformidade de tais actos com o bloco de juridicidade, ou seja, para o controlo da legalidade dos actos

[295] Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 1147, assinalando que "a vantagem de permitir que, num mesmo processo, seja apreciada a globalidade da relação jurídica controvertida, nos diversos planos e dimensões em que ela se desdobra". Também neste sentido, cfr. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., p. 244.

[296] Sobre os actos administrativos contratuais, cfr., entre outros, ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2012; MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª edição, Alfragide, D. Quixote, 2009, pp. 417-418; PEDRO GONÇALVES, "A relação jurídica fundada em contrato administrativo", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, pp. 36-46; e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, "O acto administrativo contratual", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, pp. 3-17.

administrativos em apreço. Neste sentido, PEDRO GONÇALVES escreve que, com a arbitrabilidade dos actos de execução dos contratos administrativos, "passa a aceitar-se que simples particulares (os árbitros) sejam investidos do poder de anular ou de declarar a nulidade de actos públicos de autoridade (actos de rescisão ou de modificação de contratos, aplicação de multas, etc.)"[297] [298].

Deve, assim, entender-se que o preceito permite a celebração de convenções de arbitragem por meio das quais a Administração defira a tribunais arbitrais o julgamento de litígios que envolvam o controlo da legalidade dos actos administrativos contratuais por si praticados, com o consequente afastamento da competência dos tribunais estaduais administrativos.

2.1.1.3. Os actos procedimentais de formação dos contratos públicos

Não só de actos administrativos contratuais trata a alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA. Nos termos desta alínea, são arbitráveis "[q]uestões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução", o que vale por dizer que esta disposição tem o alcance de estabelecer a arbitrabilidade do universo das questões respeitantes a contratos, no qual se inclui a apreciação de actos administrativos de execução de contratos. A nosso ver, a utilização do termo *incluindo* não significa que ao universo das questões respeitantes a contratos seja aditada a apreciação daqueles actos administrativos. Pelo contrário, a utilização daquele termo indicia que a apreciação dos actos administrativos de execução dos contratos constitui uma referência exemplificativa das questões respeitantes a contratos, isto é, está contida no universo das questões respeitantes a contratos.

Estas considerações suscitam duas conclusões preliminares: por um lado, a expressão *questões respeitantes a contratos* é suficientemente ampla para nela caber a apreciação de certos actos administrativos (pelo menos, os de execução dos contratos) e,

[297] PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, cit., p. 170.

[298] No sentido de que o recorte de arbitrabilidade emergente da alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA abrange o controlo da legalidade dos actos administrativos compreendidos na respectiva previsão normativa, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa - Lições*, cit., pp.125-127; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, cit., 57-61; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Arbitragem e contratos públicos*, cit., p. 953; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., pp. 1146-1147; JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., pp. 242-244.

por outro lado, a referência à apreciação dos actos administrativos de execução dos contratos constitui um mero exemplo de uma questão respeitante a contratos. Cabe, por isso, perguntar se a apreciação da legalidade dos actos procedimentais de formação dos contratos públicos poderá, ainda, constituir uma questão respeitante a contratos, nos termos e para os efeitos do disposto no preceito em análise[299] [300].

A referência expressa, no artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA, à apreciação de actos de execução dos contratos poderá explicar-se pela necessidade sentida pelo legislador de não deixar margem para dúvidas quanto à arbitrabilidade de questões emergentes de tais actos. Recorde-se que, até à entrada em vigor do CPTA, a arbitrabilidade de questões emergentes de actos administrativos pré-contratuais era, como vimos, recusada pela doutrina e pela jurisprudência, de acordo com o entendimento tradicional que excluía do âmbito da arbitragem em matéria administrativa os domínios em que a Administração actuasse no exercício de poderes de autoridade.

Importa, aliás, referir que o ACPTA continha uma referência expressa à arbitrabilidade dos actos pré-contratuais, a qual, todavia, não chegou a transitar para o texto final que viria a ser aprovado e a entrar em vigor em 2004, o que parece ter conduzido JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL à conclusão de que, "se o legislador pretendesse abrir o contencioso dos actos administrativos pré-contratuais à arbitragem, não teria, face à solução consagrada no ACPTA, restringido a redacção do preceito"[301]. Este argumento

[299] A sequente análise da arbitrabilidade dos actos procedimentais de formação dos contratos públicos supõe a sua caracterização como actos de natureza administrativa, só assim se colocando o problema da sua arbitrabilidade no âmbito da arbitrabilidade em matéria administrativa. Dito de outro modo, se tais actos pudessem ser caracterizados como actos de natureza privada, o problema da sua arbitrabilidade autónoma seria resolvido no âmbito do direito privado, à luz dos critérios aí estabelecidos para a arbitrabilidade de litígios, aplicáveis ao Estado e demais pessoas colectivas públicas por força do n.º 5 do artigo 1.º da LAV. Cumpre, neste particular, referir que não é pacífica a questão de saber se são de natureza administrativa ou privada os actos integrantes de procedimentos de formação de contratos públicos regulados na Parte II do CCP em que as entidades adjudicantes são sujeitos de natureza privada (com interesse para a questão, cfr. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, "A Submissão à Arbitragem dos Actos Procedimentais de Formação dos Contratos Públicos", *in* ANTÓNIO VIEIRA DA SILVA (Org.), *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 153; e PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., pp. 299-301 e, em especial, 313-315). Seja como for, a título de enquadramento, parece razoável admitir que, ao menos quando praticados por pessoas colectivas de direito público, os actos procedimentais de formação dos contratos públicos constituem actos administrativos (cfr., por exemplo, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, cit., pp. 552-553 e 583-586), pelo que o problema da sua arbitrabilidade deverá ser colocado no quadro da arbitrabilidade de litígios em matéria administrativa.

[300] Sobre a arbitrabilidade dos actos procedimentais de formação dos contratos públicos, cfr. o nosso "A Arbitrabilidade Autónoma dos Actos Procedimentais de Formação dos Contratos Públicos", *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano XI (2011), n.ºs 20/21, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 235-277, que seguiremos de perto.

[301] JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., p. 246.

parece-nos, no entanto, insuficiente.

Em primeiro lugar, a referência aos actos administrativos de execução é uma referência exemplificativa do universo de *questões respeitantes a contratos*, não limitando nem ampliando aquele universo, pelo que do facto de a referência aos actos pré-contratuais não ter transitado para a versão final do CPTA não pode concluir-se que a apreciação de tais actos não se inclua na noção geral de *questões respeitantes a contratos*.

Em segundo lugar, a interpretação do preceito há-de ter em conta o elemento histórico, mas não poderá tornar-se refém deste: haverá que ter em conta o elemento gramatical, bem como os outros elementos lógicos da interpretação e, por certo, as exigências constitucionais em matéria de interpretação das normas de natureza processual. E tanto vale, também, para a circunstância de a Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, que aprovou o Orçamento do Estado para o ano de 2010, ter incluído, no seu artigo 128.º, uma autorização legislativa, entretanto caducada, que previa a alteração do CPTA, tendente à consagração, "[n]o âmbito das normas que fixam a competência do tribunal arbitral, [...] da possibilidade de julgamento de questões respeitantes à formação dos contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos". Segundo cremos, esta autorização legislativa explica-se melhor pela necessidade de explicitar a admissibilidade da arbitragem dos actos pré-contratuais do que pela circunstância de a arbitrabilidade de tais actos não se achar compreendida na alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA.

Certo é, pois, que a referência expressa aos actos de execução dos contratos, bem como o facto de o legislador ter omitido a referência expressa aos actos pré-contratuais constante do anteprojecto do CPTA, não pode, a nosso ver, ser interpretada como excluindo, por si só, a arbitrabilidade, ao abrigo do artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA, da apreciação de outros actos administrativos, contanto que se trate, ainda, de uma *questão respeitante a contratos*[302]. A questão fundamental que se coloca é a de saber se a apreciação de actos praticados no âmbito de um procedimento de formação de um contrato público é, ainda, uma *questão respeitante a contratos*, nos termos e para os efeitos do artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA. Sobre esta questão em particular, deve ser cuidadosamente ponderada a função do procedimento pré-contratual na construção

[302] Em sentido divergente, cfr., por exemplo, FAUSTO DE QUADROS, *A Arbitragem em Direito Administrativo*, cit., pp. 104-111, afirmando que "no que diz respeito aos actos administrativos destacáveis do procedimento pré-contratual, resulta da parte final da alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA que eles ficam excluídos da arbitragem. A solução será a oposta apenas se lei especial o permitir […]".

daquele que vem a ser *o contrato*.

Nas palavras de SÉRVULO CORREIA, "[a] procedimentalização da actividade administrativa corresponde à necessidade de objectivar a vontade da pessoa colectiva pública através de uma sequência de actos e formalidades pré-ordenados e fixados no termo da qual a vontade dos suportes dos órgãos se despersonalize e combine numa vontade qualitativamente distinta: a da pessoa colectiva"[303].

Neste contexto, "[o]s procedimentos pré-contratuais previstos no CCP são instrumentais permitindo que as entidades adjudicantes, sejam elas públicas ou privadas, façam uso da sua autonomia contratual […]"[304]. Na medida em que se destinam a preparar a celebração de um contrato, os procedimentos pré-contratuais desempenham uma função instrumental relativamente ao exercício da autonomia pública contratual da Administração. É, pois, através daqueles procedimentos que serão fixados os aspectos fundamentais, tanto de natureza subjectiva, como objectiva, da actuação contratual futura da Administração, de tal modo que a fase de formação do contrato constitui um *iter procedimental* orientado para o *estreitamento sucessivo da margem de livre decisão* que resultará numa configuração subjectiva e objectiva do contrato a celebrar que só muito limitadamente poderá sofrer alterações (artigos 96.º, 97.º e 99.º do CCP). Dir-se-á, bem assim, que a fase pré-contratual condiciona, indelevelmente, o conteúdo e a execução do contrato.

Os procedimentos pré-contratuais constituem uma sequência de actos teleologicamente orientados para a formação de um contrato a celebrar pela Administração, mediante a configuração da relação contratual futura. É por este motivo que a violação de princípios e regras que regulam os procedimentos pré-contratuais constitui, verdadeiramente, um *vício de formação do contrato*. É, aliás, a inelutável repercussão dos vícios procedimentais no contrato que explica o regime da invalidade dos contratos consequente da invalidade de actos praticados no respectivo procedimento de formação. Numa perspectiva dinâmica, dir-se-á que a fase pré-contratual é, ainda, uma *fase da vida do contrato a celebrar ou já celebrado*: a da sua formação. Deste modo, as questões que respeitam à formação de um contrato são, ainda, questões *respeitantes* a esse contrato, pelo que devem considerar-se incluídas na primeira parte da alínea a) do n.º 1 do

[303] SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, cit., p. 579.

[304] RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *A Submissão à Arbitragem dos Actos Procedimentais de Formação dos Contratos Públicos*, cit., p. 154.

artigo 180.º do CPTA[305].

Embora se pronuncie pela inarbitrabilidade, *de jure condito*, dos litígios emergentes de actos pré-contratuais, JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL parece admitir que as questões relativas a tais actos constituem, ainda, questões respeitantes a contratos, quando escreve que "[n]este enquadramento, poder-se-ia, mesmo à luz da actual redacção da norma da alínea a) do artigo 180.º do CPTA, entender que os tribunais arbitrais passarão […] a ter competência para apreciar a legalidade dos actos administrativos praticados na fase da formação do contrato administrativo. Impunha-se, para tanto, interpretar a segunda parte do preceito, na qual se pode ler 'incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução', no sentido de se tratar de uma referência meramente exemplificativa das muitas 'questões respeitantes a contratos' a que a primeira parte da norma se refere, e na qual se poderão, pelas razões invocadas, considerar incluídos os litígios decorrentes da prática de actos administrativos pré-contratuais"[306].

Rejeitando, também, a arbitrabilidade de questões pré-contratuais, JOSÉ ROBIN DE ANDRADE argumenta que "o recurso à arbitragem para *questões respeitantes a contratos* está genericamente facultado pelo artigo 180.º, n.º 1, alínea a), no pressuposto de que nos encontramos perante um espaço de autonomia pública derivando nesse caso a arbitragem do exercício dessa mesma autonomia" e que "o procedimento da selecção do co-contratante pela Administração é um procedimento prévio em relação à contratação e está sujeito a regras próprias, que podem até envolver a criação de poderes estritamente vinculados". Consequentemente, "não nos parece assim que se possa alargar ao procedimento de formação dos contratos o regime da admissibilidade da arbitragem consignado no artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA"[307]. Do nosso ponto de vista, a posição assumida pelo autor citado não deve ser acolhida.

Em primeiro lugar, a circunstância de os procedimentos de formação de contratos públicos poderem envolver a criação de poderes estritamente vinculados não justifica a restrição defendida, porquanto, como assinalámos anteriormente, o âmbito de arbitrabilidade em matéria administrativa não se acha limitado às zonas de disponibilidade (*rectius*, discricionariedade) da actuação administrativa.

[305] Note-se, aliás, que as Directivas Recursos impõem um regime de invalidade contratual específico para os casos mais graves de violação das regras de formação dos contratos públicos.

[306] JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., p. 245.

[307] JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Arbitragem e contratos públicos*, cit., p. 952.

Em segundo lugar, na medida em que os procedimentos de formação de contratos têm por finalidade essencial seleccionar o co-contratante e fixar o conteúdo da relação contratual a estabelecer, é através deles que "a Administração forma por aproximações sucessivas a sua vontade de contratar"[308]. O mesmo é dizer que o exercício da autonomia pública contratual da Administração não se esgota no acto de celebração do contrato, manifestando-se, outrossim, na fixação dos aspectos subjectivos e objectivos do contrato a celebrar, por meio de um *iter procedimental* adoptado para o efeito[309].

Em boa verdade, através da procedimentalização da formação dos contratos da Administração, o legislador *condiciona* e *orienta* o exercício da autonomia pública contratual, sucedendo que "a margem de livre decisão que possa existir recua, em boa parte ou totalmente, da fase da formal estipulação do contrato para anteriores momentos em que, no decurso do procedimento pré-contratual, mediante actos que vão formando caso resolvido através de aproximações sucessivas, a Administração enuncia unilateralmente os elementos essenciais ou até mesmo todos os elementos do contrato"[310]. Estes procedimentos são, pois, espaços de exercício da autonomia pública contratual da Administração, constituindo os conflitos deles emergentes verdadeiras questões respeitantes a contratos.

Por outro lado, a evolução da redacção normativa no atinente à arbitrabilidade de matérias da esfera contratual também confirma este entendimento. Com efeito, no ETAF de 1984, como vimos, dizia-se que "são admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos", considerando-se que tal correspondia a questões do foro contratual que não envolvessem o exercício de poderes de autoridade. No CPTA, por seu turno, estão em causa "questões respeitantes a contratos", o que inclui, expressamente, actos administrativos relativos à execução de contratos. Enquanto no primeiro caso o âmbito de arbitrabilidade é definido com recurso a um *enquadramento adjectivo – o contencioso dos contratos administrativos* –, no segundo, porém, a delimitação do âmbito de arbitrabilidade apela a um *enquadramento substantivo – as questões respeitantes a contratos*.

Assim, o STA, em acórdão de 14 de Maio de 1998, julgou inarbitrável, no âmbito

[308] SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, cit., p. 585.

[309] Cfr., neste sentido, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, cit., p. 785, n.º 149.

[310] SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, cit., p. 590.

da vigência do ETAF de 1984, a apreciação da legalidade de actos de execução dos contratos, declarando que "a cláusula compromissória […] deverá, assim, ser entendida como respeitando, apenas, às questões que, nos termos acima descritos, poderiam ser apreciadas por via de acção, não podendo abranger, por a tal se opor a lei geral, a apreciação da legalidade dos actos definitivos e executórios praticados na execução do contrato"[311]. Neste sentido, escrevia MARCELLO CAETANO que as partes poderiam "comprometer-se em árbitros quanto às matérias que, embora da competência dos tribunais administrativos, sejam objecto de acção, desde que se trate de direitos e obrigações de que qualquer delas possa dispor"[312].

O artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA prescinde, pois, de qualquer enquadramento adjectivo, cabendo ao intérprete recorrer ao direito material com vista a delimitar o círculo de questões que ainda possam considerar-se *respeitantes* a contratos. A evolução normativa dita, bem assim, uma expansão do círculo de questões arbitráveis no domínio dos contratos, o que se acha conforme com a interpretação de nele caber o conjunto de questões directamente atinentes às diversas fases da vida de um contrato, de entre as quais a da sua formação. Esta forte conexão funcional entre as questões relativas à fase de formação do contrato e as relativas à fase de vigência do contrato, todas elas *questões respeitantes a contratos*, é, ainda, reforçada pela opção sistemática do legislador de regulação codificada, no CCP, destas questões respeitantes a diferentes fases da vida dos contratos.

Assim, o CCP regula não apenas os procedimentos de formação dos contratos, mas também o regime substantivo dos contratos administrativos. Verifica-se, portanto, uma unidade legislativa fundada na opção de regulação codificada do fenómeno da *actividade contratual* das entidades que prosseguem certas tarefas jurídico-públicas (sem prejuízo, evidentemente, dos contratos que, embora submetidos a um procedimento de formação regulado por normas jurídico-públicas, encontrem o seu regime substantivo no direito privado).

A interligação entre a fase pré-contratual e a fase da execução de um contrato e a consequente amplitude da noção de *questões respeitantes a contratos* encontra, também,

[311] Acórdão do STA de 14 de Maio de 1998, proferido no recurso n.º 42938, *Apêndice ao Diário da República de 26 de Abril de 2002*, II Volume, pp. 3586-3590.

[312] MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 9.ª edição, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1980, pp. 1285-1286.

correspondência no tratamento dispensado pelo ETAF à submissão de tais questões à jurisdição dos tribunais administrativos e fiscais. "Estando como está, inserido no CPTA, o preceito [artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA] pressupõe, naturalmente, a prévia delimitação do âmbito da jurisdição administrativa, nos moldes em que esta resulta dos artigos 1.º e 4.º do ETAF. É, por isso, de entender que as '*questões respeitantes a contratos*' a que o preceito se refere são aquelas cuja apreciação compete aos tribunais administrativos, por estarem abrangidas pela previsão de pelo menos uma das três alíneas – b), e) e f) – que, no artigo 4.º do ETAF, dizem respeito a matéria contratual. Com exclusão daquelas que não se enquadrem na previsão das referidas alíneas"[313].

Ora, no que respeita às questões emergentes da fase de formação dos contratos, a sua submissão à jurisdição administrativa é operada em conjunto com a das questões relativas à interpretação, validade e execução dos contratos, pela alínea e) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF. Nos termos desta alínea, compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objecto "questões relativas à validade de actos pré-contratuais e à interpretação, validade e execução de contratos a respeito dos quais haja lei específica que os submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público". Este tratamento conjunto desperta um círculo amplo de questões atinentes à actividade contratual das entidades adjudicantes, afigurando-se compatível com uma noção igualmente ampla de *questões respeitantes a contratos*, nos termos e para os efeitos do artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA.

Esta interpretação é, de algum modo, secundada pela abertura do CCP à apreciação, por tribunais arbitrais, da invalidade dos contratos consequente de actos procedimentais inválidos. Em boa verdade, o artigo 283.º do CCP, sob a epígrafe "Invalidade consequente de actos procedimentais inválidos", estabelece que "os contratos são anuláveis se tiverem sido anulados ou se forem anuláveis os actos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração" (n.º 2), podendo este efeito anulatório "ser afastado por decisão judicial ou arbitral" (n.º 4). Do mesmo modo, o artigo 283.º-A do CCP admite que o efeito anulatório de contratos com fundamento em vícios procedimentais seja acolhido ou afastado por decisão arbitral (n.ºs 3 e 4).

[313] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 1146.

Os artigos 283.º e 283.º-A do CCP não distinguem se a apreciação da invalidade consequente da ilegalidade do acto procedimental pré-contratual, pelo tribunal arbitral, pode ocorrer somente a título incidental, na acção em que se discuta a validade do contrato, ou também a título principal, em acção arbitral incidente sobre a ilegalidade dos actos procedimentais.

A este propósito, RUI CHANCERELLE DE MACHETE afirma que "nem o n.º 2, nem o n.º 4 do artigo 283.º, indicam que a apreciação da invalidade consequente dos actos procedimentais inválidos só possa ser feita nos tribunais arbitrais, a título incidental, quando se julga a validade a título principal dos próprios contratos. [...] A menção expressa à decisão arbitral feita no citado n.º 4 do artigo 283.º do CCP, permite afirmar que esse juízo de prognose sobre a irrelevância do vício procedimental e sobre a validade do contrato futuro e agora também a ponderação e decisão sobre a possibilidade de este não produzir efeitos, possam também ser realizados no processo arbitral que tenha por objecto, a título principal, questões suscitadas pelos actos procedimentais pré-contratuais"[314].

Em nossa opinião, os artigos 283.º e 283.º-A do CCP não permitem afirmar, por si só, que a legalidade dos actos procedimentais pré-contratuais pode ser apreciada, a título principal, por tribunais arbitrais. A referência, neste domínio, à possibilidade de uma decisão arbitral sobre o efeito anulatório dos contratos não parece interferir com o recorte de arbitrabilidade fixado no artigo 180.º do CPTA, para o efeito de neles se achar fixada uma permissão legal de recurso à arbitragem para a impugnação de actos procedimentais pré-contratuais. Aqueles preceitos do CCP não têm por finalidade regular o âmbito da arbitragem, dificilmente se podendo extrair da sua letra um contributo convincente em sentido contrário. A referência à decisão arbitral parece ter mais a ver com a cautela do legislador (aliás, neste caso, totalmente desnecessária[315]), pretendendo ter por abrangidas pelo regime preceituado tanto as decisões dos tribunais estaduais, como as dos tribunais arbitrais, do que propriamente com a fixação de um regime de arbitrabilidade, para mais a arbitrabilidade autónoma dos actos procedimentais de formação dos contratos públicos.

Seja como for, independentemente da relevância destes preceitos para o efeito de

[314] RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *A Submissão à Arbitragem dos Actos Procedimentais de Formação dos Contratos Públicos*, cit., p. 158.

[315] Bem poderia o legislador ter utilizado a expressão *decisão jurisdicional*, com isso abrangendo as decisões proferidas por tribunais estaduais e arbitrais.

neles se reconhecer a possibilidade de submissão a arbitragem, a título principal, do controlo da legalidade de actos pré-contratuais, certo é que o CCP evidencia a abertura à arbitragem precisamente num domínio que exprime a interligação destas fases da vida do contrato, afigurando-se, pois, compatível com uma interpretação ampla da noção de *questões respeitantes a contratos* do artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA, para o efeito de nela se considerar incluída não só a apreciação da legalidade dos actos administrativos de execução dos contratos, mas também dos actos procedimentais de formação dos contratos, construindo-se, assim, a partir do CPTA um recorte de arbitrabilidade coerente com as referências do CCP.

Um outro argumento a favor desta posição reside na imposição constitucional, a que já fizemos referência, de as normas processuais serem interpretadas por forma a extrair delas todas as virtualidades que comportam: o princípio *pro actione*.

Para além de resultar do artigo 20.º da CRP, este princípio está, também, consagrado no artigo 7.º do CPTA, nos termos do qual "[p]ara efectivação do direito de acesso à justiça, as normas processuais devem ser interpretadas no sentido de promover a emissão de pronúncias sobre o mérito das pretensões formuladas". O *acesso à justiça* em causa neste preceito não é, apenas, o *acesso aos tribunais do Estado*, mas também o *acesso à justiça arbitral*, uma vez que, para a CRP (e também para o CPTA), não há apenas tribunais do Estado, mas também tribunais arbitrais.

Assim, a aplicação deste princípio à arbitragem administrativa não decorre apenas do facto de constituir um princípio geral transversal ao contencioso administrativo por força do artigo 7.º do CPTA, incluindo, por isso, a arbitragem administrativa aí regulada, mas, também, e sobretudo, pela imposição constitucional da sua observância sem distinção entre os tribunais do Estado e os tribunais arbitrais.

Por conseguinte, constituindo a arbitragem um modo de realização do direito fundamental de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva, as disposições que a regulam, particularmente as que condicionam o recurso à via arbitral (por exemplo, as normas sobre arbitrabilidade objectiva), devem ser interpretadas de modo amplo e aberto. Destarte, é de concluir que uma interpretação ampla da noção de *questões respeitantes a contratos* é, ainda, uma imposição deste princípio constitucional, respeitando a ideia de *favor actionis*.

Importa, por último, assinalar um outro aspecto relevante para a análise da

arbitrabilidade autónoma dos actos procedimentais de formação dos contratos públicos: a superação, neste domínio, do critério de arbitrabilidade fundado na disponibilidade do direito sobre que incide o litígio.

Assinalámos já que, anteriormente à entrada em vigor do novo regime da arbitragem administrativa contido no CPTA, o recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa emergente do ETAF de 1984 era tido, ainda, como resultado da transposição para o direito administrativo do critério da disponibilidade do direito fixado na LAV. Para o efeito, identificava-se a zona de disponibilidade com o espaço de discricionariedade da Administração ou com as actuações não autoritárias da Administração, assim se afastando, peremptoriamente, a apreciação da legalidade de actos administrativos por tribunais arbitrais. "Na verdade, considerava-se que essas questões não estavam na disponibilidade da Administração, para o efeito de lhe ser consentido subtraí-las à apreciação dos tribunais estaduais, para remeter a sua apreciação para árbitros por si de algum modo designados"[316]. Neste sentido, ainda na vigência do ETAF de 1984, o STA declarava que "[e]sta cláusula [compromissória admitida pelo artigo 188.º do CPA] restringe-se ao julgamento das meras questões contratuais, ou seja, as questões em que a Administração não exerça poderes de autoridade"[317].

Actualmente, porém, conforme concluímos, o artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA admite, expressa e indubitavelmente, a apreciação da validade de actos administrativos, pelo menos num caso: o dos actos administrativos relativos à execução de contratos. Esta evolução (partilhada, como vimos, pelo direito tributário) ditará, pelo menos, que o legislador não se orientou, na fixação do recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa, por um critério fundado na disponibilidade do direito sobre que incide o litígio. Não havendo qualquer restrição de natureza constitucional à arbitrabilidade de litígios jurídico-administrativos fundada na disponibilidade dos direitos, cabendo exclusivamente ao direito administrativo estabelecer a extensão com que é admitido o recurso à arbitragem para resolver litígios no âmbito das relações jurídicas administrativas, deve entender-se que nenhum obstáculo se coloca à interpretação do artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA como estabelecendo a arbitrabilidade do controlo da legalidade de actos administrativos pré-contratuais.

[316] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 1145.

[317] Cfr. *supra*, nota 311.

Aqui chegados, importa ponderar a posição assumida por ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, sobre o tema em análise. Embora considere que o artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA não inclui a arbitrabilidade de litígios emergentes de actos administrativos pré-contratuais, a autora admite a arbitrabilidade de tais litígios, fundamentando-se na existência de "uma lacuna legal, ainda que 'oculta' (porque só hermeneuticamente descoberta)"[318]. Segundo a autora, "valem no caso omisso as razões justificativas da previsão legal do art. 180.º/1/a, pelo que, por analogia (art. 10.º do Código Civil), se deve considerar aplicável esta norma, declarando arbitráveis os litígios referidos"[319].

Por nossa parte, resulta de quanto se escreveu que, pelas razões invocadas, as questões emergentes dos actos procedimentais de formação dos contratos públicos constituem, ainda, *questões respeitantes a contratos*, estando, por isso, incluídas na previsão normativa do artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA. Não cremos, portanto, que se verifique qualquer lacuna no tocante à arbitrabilidade de litígios emergentes de actos administrativos pré-contratuais.

Com efeito, é precisamente porque "as razões que justificam a admissibilidade da arbitragem quanto à apreciação da legalidade de actos administrativos relativos à execução de contratos justificam também a admissibilidade deste instituto para a apreciação da legalidade de actos administrativos relativos à formação do contrato"[320], que o legislador optou por incluir as duas realidades no mesmo preceito, sob a fórmula abrangente *questões respeitantes a contratos*, não obstante a exemplificação da primeira. Deste modo, haverá que concluir pela inexistência de uma tal lacuna, decorrendo, portanto, do mencionado preceito a arbitrabilidade de questões emergentes de actos administrativos pré-

[318] ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, cit., p. 59.
[319] ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, cit., p. 60.
[320] ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, cit., p. 59.

contratuais[321].

Em suma, em face do que antecede, deve entender-se que a alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA comporta latitude bastante para nela se considerarem incluídos os actos procedimentais de formação dos contratos públicos, assim se concluindo que o preceito autoriza que o julgamento das questões emergentes de tais actos seja deferido a tribunais arbitrais.

A questão não fica, porém, resolvida com a interpretação do artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA. É sabido que a regulação dos procedimentos de formação de certos contratos públicos foi objecto de harmonização ao nível europeu, por meio das Directivas

[321] Importa, ainda, assinalar que a posição que sustentamos foi já defendida por LUÍS CABRAL DE MONCADA. Em escrito recentemente publicado ("Modelos alternativos de justiça; a arbitragem no direito administrativo", *Revista "O Direito"*, Ano 142 (2010), III, pp. 481-495), o autor considerou que "admite-se a constituição de tribunais arbitrais para o contencioso de todos os actos administrativos produzidos no âmbito da relação contratual, designadamente os actos destacáveis do procedimento pré-contratual, apesar dos termos restritivos da lei que apenas à execução dos contratos se refere" (p. 489), sendo que "a larga previsão legal inculca o entendimento da arbitrabilidade de todos os actos administrativos contratuais e não apenas dos actos destacáveis" (pp. 489-490). Relativamente ao entendimento de parte da doutrina segundo o qual o artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA não inclui os actos administrativos pré-contratuais, o autor considerou, ainda, que "tal não resulta necessariamente da letra da lei. Pelo contrário, o que dela decorre parece ser o inverso, a favor do que milita ainda o alcance geral do direito fundamental do acesso à justiça que em lado nenhum se vê limitado" (p. 489, nota 9). Do nosso ponto de vista, pelas razões invocadas, esta posição merece acolhimento, devendo assinalar-se, por um lado, a noção ampla de actos administrativos contratuais defendida pelo autor, que nela inclui expressamente os actos procedimentais de formação dos contratos. Segundo cremos, isto evidencia que as questões emergentes de todos eles são, ainda, questões respeitantes a contratos, e, por outro lado, a relevância atribuída pelo autor ao direito fundamental do acesso à justiça para a questão em análise. Contudo, o autor publicou um escrito posterior sobre o tema (*A Arbitragem no Direito Administrativo; Uma Justiça Alternativa*, cit.), no qual parece ter revisto a sua posição. Assim, defendeu que "não se admite a constituição de tribunais arbitrais para o contencioso de certos actos administrativos produzidos no âmbito da relação contratual, os chamados actos destacáveis do procedimento pré-contratual", uma vez que "a letra da lei não permite chegar à arbitrabilidade de todos os actos administrativos contratuais, designadamente os pré-contratuais" (*A Arbitragem no Direito Administrativo; Uma Justiça Alternativa*, cit., p. 178), tendo acrescentado, ainda, que, relativamente à posição que postula que "na alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA não se inclui a arbitragem relativamente ao contencioso de actos destacáveis do procedimento pré-contratual, com a consequência processual de o tribunal arbitral ter de sobrestar no seu conhecimento sobre tais actos […] tal resulta necessariamente da letra da lei, embora à custa do alcance geral do direito fundamental do acesso à justiça" (*A Arbitragem no Direito Administrativo; Uma Justiça Alternativa*, cit., p. 178, nota 11). Não é claro se o autor considera verificar-se uma *restrição legítima* do mencionado direito fundamental, apesar de haver sustentado que aquele direito fundamental "em lado nenhum se vê limitado" (*Modelos alternativos de justiça; a arbitragem no direito administrativo*, cit., p. 489, nota 9), ou se se trata, antes, de uma *violação* daquele direito fundamental, caso em que, não comportando aquele preceito latitude bastante para acomodar uma interpretação conforme à CRP, haveria que concluir pela verificação de uma inconstitucionalidade.

Procedimentais[322]. Do mesmo modo, também os processos de recurso em matéria de formação dos contratos abrangidos por aquelas directivas foram objecto de harmonização a nível da União Europeia, através das Directivas Recursos, visando assegurar uma tutela célere e eficaz dos direitos e interesses legítimos dos particulares nos procedimentos de formação daqueles contratos[323].

Na medida em que o regime das Directivas Recursos se impõe ao legislador nacional, importa ponderar se a arbitrabilidade de questões emergentes de actos procedimentais de formação dos contratos públicos se afigura compatível com um tal regime.

As Directivas Recursos não se referem, expressamente, à possibilidade de os órgãos de recurso com competência para conhecer da legalidade dos actos procedimentais de formação dos contratos por elas abrangidos serem tribunais arbitrais. Ao invés, as Directivas Recursos estabelecem a possibilidade de os Estados-Membros poderem escolher "entre duas soluções na organização do sistema de controlo"[324] dos procedimentos de formação dos contratos públicos. "A primeira solução consiste em atribuir a competência para conhecer dos recursos a instâncias de natureza jurisdicional. De acordo com a segunda, esta competência é, no primeiro momento, atribuída a órgãos que não constituem instâncias como essas. No último caso, as decisões adoptadas por essas instâncias devem poder ser objecto quer de um recurso jurisdicional, quer de um recurso para outra instância, a qual deve preencher as exigências especiais"[325] previstas nos respectivos preceitos das Directivas Recursos. Estão em causa, fundamentalmente, as disposições contidas no n.º 9 do artigo 2.º da Directiva n.º 89/665/CEE e no n.º 9 do artigo

[322] Para uma perspectiva histórica da harmonização europeia dos procedimentos de formação de contratos públicos, cfr., por exemplo, DIOGO DUARTE DE CAMPOS, *A Escolha do Parceiro Privado nas Parcerias Público-Privadas*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, pp. 24 e ss.; CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007, pp. 301 e ss.; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos (Um Olhar Português)*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 21-60; e MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 38-52.

[323] Cfr., por exemplo, acórdão do TJ de 11 de Agosto de 1995, proferido no processo C-433/93, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Federal da Alemanha*, *Col.*, 1995, p. I-02303, n.º 23.

[324] Acórdão do TJ de 4 de Fevereiro de 1999, proferido no processo C-103/97, *Josef Köllensperger GmbH & Co. KG e Atzwanger AG contra Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwazz*, *Col.*, 1999, p. I-00551, n.º 28.

[325] Acórdão do TJ identificado na nota 324, n.º 29. Cfr., também, acórdão do TJ de 4 de Março de 1999, proferido no processo C-258/97, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) contra Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft*, *Col.*, 1999, p. I-01405.

2.º da Directiva n.º 92/13/CEE, tal como alteradas pela Directiva n.º 2007/66/CE[326].

Dito de outro modo, no caso de optarem por remeter a apreciação da legalidade dos actos procedimentais para um órgão desprovido de natureza jurisdicional, os Estados-Membros têm de assegurar que as decisões tomadas por esse órgão possam "ser objecto de recurso jurisdicional ou de recurso para outra instância que seja um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.º do Tratado [correspondente ao artigo 267.º do TFUE] e que seja independente em relação à entidade adjudicante e à instância de base". Pelo contrário, caso a instância de recurso tenha natureza jurisdicional, "estas disposições de garantia não se aplicam"[327].

Curial será, pois, perceber, antes de mais, se um tribunal arbitral constituído nos termos dos artigos 180.º e seguintes do CPTA constitui um órgão de natureza jurisdicional, *nos termos e para os efeitos daqueles preceitos das Directivas Recursos*.

As Directivas Recursos não esclarecem o que deve entender-se por *órgão de natureza jurisdicional*, mas a conclusão de que a noção relevante é a que apela exclusivamente ao direito da União Europeia, designadamente ao artigo 267.º do TFUE, é evidenciada pela circunstância de a margem de liberdade concedida aos Estados-Membros para estabelecer como instância de recurso um órgão jurisdicional ou um órgão desprovido de tal natureza ter como contrapartida que, caso não se trate de um órgão jurisdicional, os Estados-Membros têm que assegurar uma via de recurso das decisões desse órgão para um outro que seja um órgão de natureza jurisdicional nos termos e para os efeitos do artigo 267.º do TFUE.

O que bem se compreende, porquanto, tratando-se de assegurar meios de tutela

[326] A redacção dos preceitos é idêntica, pelo que transcreveremos, apenas, o n.º 9 do artigo 2.º da Directiva n.º 89/665/CEE, tal como alterada pela Directiva n.º 2007/66/CE:

"Caso as instâncias responsáveis pelo recurso não sejam de natureza jurisdicional, as suas decisões devem sempre ser fundamentadas por escrito. Além disso, nesse caso, devem ser aprovadas disposições para garantir que os processos segundo os quais qualquer medida alegadamente ilegal tomada pela instância de recurso ou qualquer alegado incumprimento no exercício dos poderes que lhe tenham sido conferidos possam ser objecto de recurso jurisdicional ou de recurso para outra instância que seja um órgão jurisdicional na acepção do artigo 234.º do Tratado e que seja independente em relação à entidade adjudicante e à instância de recurso.

"A nomeação dos membros de tal instância independente e a cessação das suas funções ficam sujeitas às mesmas condições que as aplicáveis aos juízes, no que se refere à autoridade responsável pela sua nomeação, à duração do seu mandato e à sua exoneração. Pelo menos o presidente da instância independente deve possuir as mesmas qualificações jurídicas e profissionais que um juiz. A instância independente toma as suas decisões na sequência de um processo contraditório e essas decisões são juridicamente vinculativas, nos termos determinados por cada Estado-Membro".

[327] Acórdão do TJ identificado na nota 324, n.º 30.

impugnatória relativamente a actos praticados no âmbito de procedimentos regulados pelas Directivas Procedimentais, o que se visa assegurar é, ainda, a plena observância e efectividade do direito da União Europeia, a que se mostra essencial a possibilidade de os órgãos de recurso poderem colocar questões prejudiciais ao TJ. Como nem sempre um órgão qualificado como jurisdicional pelo direito nacional constitui um órgão jurisdicional para os efeitos previstos no artigo 267.º do TFUE, nem sempre um órgão reconhecido como jurisdicional pelos direitos nacionais poderá colocar questões prejudiciais ao TJ.

De resto, o TJ já se pronunciou sobre a questão de saber se certo órgão nacional de um Estado-Membro respeitava os requisitos fixados na Directiva 89/665/CEE para os órgãos de recurso em matéria de formação de contratos. Em dois acórdãos proferidos sobre a matéria[328], a apreciação do Tribunal centrou-se, primeiramente, na qualificação do órgão em causa como órgão jurisdicional na acepção do artigo 267.º do TFUE, para o efeito de apreciar se as questões prejudiciais por ele colocadas eram admissíveis. Concluindo afirmativamente, passou, então, à análise dos requisitos fixados nas Directivas Recursos para os órgãos de recurso, tendo considerado, desde logo, que as disposições de garantia previstas no artigo 2.º, n.º 9, da directiva não se aplicavam, uma vez que o órgão de recurso em causa era de natureza jurisdicional. A conclusão do Tribunal parece ter-se fundado, exclusivamente, na qualificação do órgão em causa como órgão jurisdicional na acepção do artigo 267.º do TFUE.

Conforme concluímos anteriormente, nem sempre se verificam quanto aos tribunais arbitrais os requisitos de que a jurisprudência do TJ tem feito depender a qualificação de certo órgão nacional como órgão de natureza jurisdicional, na acepção do artigo 267.º do TFUE.

Assim, em face do que antecede, podemos enunciar as seguintes conclusões:

- no caso em que os tribunais arbitrais sejam qualificados como órgãos de natureza jurisdicional, à luz do direito da União Europeia, não será aplicável a estatuição do n.º 9 do artigo 2.º das Directivas Recursos, não suscitando a arbitrabilidade de litígios emergentes de actos procedimentais de formação de contratos públicos qualquer problema, do ponto de vista daquelas directivas;

[328] Acórdãos do TJ identificados nas notas 324 e 325.

– no caso em que os tribunais arbitrais não sejam qualificados como órgãos de natureza jurisdicional, à luz do direito da União Europeia, a possibilidade de o controlo da legalidade de actos preparatórios dos contratos públicos ser deferido a tribunais arbitrais obrigará o legislador nacional, nos termos do n.º 9 do artigo 2.º das Directivas Recursos, a assegurar que das decisões arbitrais cabe recurso para um órgão jurisdicional na acepção do artigo 267.º do TFUE, com as especificações previstas nos respectivos preceitos das Directivas Recursos.

Com efeito, nos casos em que os tribunais arbitrais, enquanto *instâncias responsáveis pelos recursos*, na terminologia da Directiva n.º 89/665/CEE, não constituam *órgãos de natureza jurisdicional*, à luz dos critérios enunciados pela jurisprudência do TJ, o legislador nacional terá de assegurar uma via de recurso das decisões tomadas por aqueles tribunais para um órgão jurisdicional que cumpra os requisitos fixados no n.º 9 do artigo 2.º das Directivas Recursos, de que constituem exemplo paradigmático os tribunais estaduais. Justifica-se, por isso, uma breve incursão pelo regime da recorribilidade das decisões arbitrais.

Diferentemente do que sucedia até à entrada em vigor da LAV, o regime da arbitragem administrativa contido no CPTA, tal como alterado pelo artigo 5.º do diploma preambular da LAV, não regula os meios de impugnação das decisões dos tribunais arbitrais administrativos. Com a revogação do artigo 186.º do CPTA, que previa as modalidades de impugnação das decisões arbitrais proferidas em matéria administrativa, a matéria deixou de estar regulada no CPTA, suscitando-se a questão de saber qual o regime aplicável à impugnação das decisões dos tribunais arbitrais administrativos.

Recorde-se, neste particular, que a remissão contida no artigo 181.º, n.º 1, do CPTA para a LAV abrange, apenas, o domínio da constituição e do funcionamento do tribunal arbitral. No mais, conforme concluímos, são aplicáveis à arbitragem administrativa as normas do próprio código que não devam considerar-se exclusivamente aplicáveis aos meios processuais da jurisdição estadual, sendo supletivamente aplicável o regime contido na LAV, com as necessárias adaptações. A impugnação das decisões arbitrais, designadamente a sua recorribilidade, não parece constituir matéria respeitante ao funcionamento do tribunal arbitral. Cremos, aliás, que foi justamente esta constatação que levou o legislador a regular a matéria no artigo 186.º do CPTA.

A incauta revogação daquele artigo suscita, agora, a questão de saber se o intérprete deve atender ao regime da impugnação das decisões arbitrais contido na LAV, por via da remissão geral operada pelo artigo 1.º do CPTA, o que supõe a consideração da existência de uma lacuna no CPTA, ou se deve antes considerar aplicável no domínio da arbitragem o regime dos recursos contido nos artigos 140.º e seguintes do CPTA, designadamente no tocante à recorribilidade das decisões. A questão não parece ter resposta evidente, sendo certo que a opção por uma ou por outra via não é, de todo, indiferente. Basta pensar que, nos termos do artigo 39.º da LAV, por via de regra, as decisões dos tribunais arbitrais não são susceptíveis de recurso, somente podendo sê-lo "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", enquanto no CPTA se acha consagrado o princípio inverso.

A questão enunciada extravasa o âmbito do presente estudo, não sendo este, por conseguinte, o lugar próprio para empreender a análise detida e aprofundada que o tema exige, pelo que, para o que aqui releva, consideraremos ambas as hipóteses, para o efeito de aferir da compatibilidade da via arbitral para controlo da validade de actos administrativos pré-contratuais com as Directivas Recursos.

Relativamente à hipótese de aplicação do regime dos recursos contido no CPTA às decisões dos tribunais arbitrais, cumpre referir que qualquer problema que se suscitasse ao nível da compatibilidade de um tal regime com as Directivas Recursos não seria exclusivo da arbitragem, pelo que não se justifica analisar esse regime nesta sede. Parece razoável admitir, neste contexto, que a aplicação do regime dos recursos contido no CPTA às decisões arbitrais satisfaria as exigências do artigo 2.º, n.º 9, das Directivas Recursos.

Mais complexa, porém, será a hipótese de aplicação do artigo 39.º, n.º 4, da LAV à arbitragem administrativa. Nos termos deste preceito, se as partes não tiverem previsto a possibilidade de recurso jurisdicional das decisões arbitrais ou, apesar de terem previsto uma tal possibilidade, autorizarem os árbitros a decidir segundo a equidade, tais decisões não serão susceptíveis de recurso. A aplicação desta norma, sem adaptações, à arbitragem administrativa redundaria, assim, na circunstância de nem sempre estar assegurada uma via de recurso das decisões dos tribunais arbitrais para um órgão jurisdicional, na acepção do artigo 267.º do TFUE, o que, nos casos em que os tribunais arbitrais não puderem ser qualificados como órgãos de natureza jurisdicional para os efeitos daquele preceito do

TFUE, contenderá com o regime do artigo 2.º, n.º 9, das Directivas Recursos.

Que dizer, então, do regime da arbitragem de litígios emergentes de actos administrativos pré-contratuais, no pressuposto da aplicação do artigo 39.º, n.º 4, da LAV, perante as considerações anteriores relativas ao direito da União Europeia?

A primeira questão que se suscita é, pois, a de saber se a alteração do paradigma no tocante aos recursos das decisões arbitrais, com a consagração da irrecorribilidade de tais decisões como regra e não excepção, conduzirá à conclusão de que se verifica no nosso ordenamento jurídico uma deficiente transposição das Directivas Recursos, já que a previsão da arbitrabilidade da fiscalização da legalidade de actos administrativos pré-contratuais obrigaria o legislador a garantir a possibilidade de recurso das decisões arbitrais, independentemente de se ter ou não formado acordo entre as partes quanto a essa possibilidade de recurso. Suscitar-se-ia, posteriormente, a questão de saber se os particulares poderiam invocar directamente o artigo 2.º, n.º 2, das Directivas Recursos para o efeito de exigir a um tribunal do Estado o conhecimento do recurso, isto é, se e em que termos aquele preceito das Directivas Recursos produziria um efeito directo vertical, em termos de poder ser invocado pelos particulares perante um tribunal estadual.

No entanto, segundo cremos, o modo como se encontra legalmente prevista a articulação entre os preceitos da LAV e o regime da arbitragem administrativa permitirá ao intérprete assegurar a efectividade do resultado previsto pelas Directivas Recursos, sem necessidade de se questionar o eventual incumprimento da obrigação de correcta transposição daquelas directivas.

Com efeito, a aplicação do artigo 39.º, n.º 4, da LAV à arbitragem administrativa deverá, nos termos do artigo 1.º do CPTA, "ser [...] precedida de uma avaliação da sua adequação ao contexto específico do contencioso administrativo e não deve ter lugar sem a introdução das adaptações que, em função dessa avaliação, venham a ser julgadas necessárias"[329]. Sendo a LAV, como já referimos, um diploma situado, fundamentalmente, no campo do direito processual civil, é natural que a transposição das suas normas para o domínio do contencioso arbitral administrativo seja precedida de um cuidadosa avaliação da sua adequação ao contexto específico da resolução de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, procedendo-se às adaptações necessárias em ordem à

[329] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., pp. 27-28.

harmonização da norma integradora convocada com as especificidades do processo administrativo.

O contencioso dos actos administrativos pré-contratuais, por força do regime contido nas Directivas Recursos, deve assegurar um duplo grau de controlo, no caso de o órgão competente para apreciar, em primeiro lugar, aqueles actos não respeitar os critérios de que depende a sua qualificação como órgão jurisdicional, à luz do artigo 267.º do TFUE. Esta especificidade do contencioso administrativo decorrente da harmonização comunitária dos meios de controlo dos actos preparatórios dos contratos não pode deixar de ser tida em conta na adaptação a fazer do artigo 39.º, n.º 4, da LAV, quando se suscite a questão de saber se é ou não admissível o recurso jurisdicional de uma decisão de um tribunal arbitral que aprecia a legalidade de um acto administrativo pré-contratual.

Como refere MARIA RANGEL MESQUITA, "[o] dever de boa execução do Direito da União Europeia não se esgota, pois, na atempada e correcta transposição da Directiva [...], ficando os Estados membros e os respectivos órgãos obrigados ao respeito pelo fim prescrito pela Directiva quando, no âmbito das respectivas competências, aplicam o Direito nacional de transposição – sob pena de prejudicar o efeito útil da Directiva transposta, o pleno efeito do Direito da União Europeia e, ainda, o princípio da uniformidade na interpretação e aplicação do Direito da União Europeia e o princípio da tutela jurisdicional efectiva"[330].

Neste sentido, sublinha o TJ que "ao aplicar o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à directiva, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva para atingir o resultado por ela prosseguido"[331]. Deverá, no entanto, ter-se em conta que do labor jurisprudencial do TJ quanto ao princípio da interpretação do direito nacional conforme ao direito da União Europeia resultam certas restrições à aplicabilidade de um tal princípio: a interpretação nesses moldes efectuada não deverá conduzir "a uma interpretação *contra legem* do direito nacional, ao agravamento da situação jurídica dos particulares ou ao agravamento da responsabilidade penal, nem [violar] princípios gerais

[330] MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O princípio da interpretação conforme e a sua não aplicação pelo Estado-Juiz: um (duplo) exemplo de incumprimento estadual*, 2010, p. 13, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MRangel10.pdf (consultado em 5.10.2013).

[331] Acórdão identificado na nota 325, n.º 25.

de direito, nomeadamente os da segurança jurídica e da não-retroactividade"[332].

Em face do que antecede, haverá que concluir que o intérprete dispõe de uma margem de adaptação das normas da LAV ao contencioso arbitral administrativo que poderá (e deverá) ser utilizada para assegurar a compatibilidade do regime do controlo dos actos administrativos pré-contratuais por tribunais arbitrais com as garantias previstas nas Directivas Recursos, dispensando a necessidade de previsão expressa na convenção de arbitragem da recorribilidade de decisões arbitrais quando se trate de apreciar, em recurso, uma decisão de um tribunal arbitral, na parte respeitante à fiscalização da legalidade dos actos procedimentais de formação dos contratos públicos. Trata-se, por outras palavras, de admitir que o preceito deve ser adaptado por forma a que, no contencioso administrativo, a decisão arbitral seja susceptível de recurso no caso de a decisão versar o controlo da legalidade de um acto administrativo pré-contratual, independentemente de as partes terem previsto a possibilidade de recurso na convenção de arbitragem. Tudo isto, reitere-se, considerando a hipótese de aplicação à arbitragem administrativa do regime da impugnação de decisões arbitrais contido na LAV, ao invés da aplicação do regime dos recursos contido no CPTA.

Note-se que a interpretação que se propõe não conduz à verificação de qualquer das restrições apontadas ao princípio da interpretação do direito nacional conforme ao direito da União Europeia, designadamente não constitui uma interpretação *contra legem*, uma vez que, por um lado, é a própria lei que manda aplicar o preceito com as adaptações que se mostrem necessárias e, por outro lado, trata-se de introduzir um desvio ao regime contido na norma, alargando os casos em que a decisão arbitral é recorrível, sem, contudo, anular o princípio nela contido, que continua a valer como regra.

Nos termos do artigo 39.º, n.º 4, da LAV não basta que as partes hajam previsto na convenção de arbitragem a possibilidade de recorrer para que a decisão arbitral seja recorrível: é também necessário que o tribunal arbitral não haja decidido a causa segundo a equidade ou mediante composição amigável. Se a limitação da recorribilidade das decisões arbitrais aos casos de acordo prévio das partes manifestado na convenção de arbitragem nos parece merecer adaptações no domínio do contencioso arbitral administrativo quando estejam em causa actos administrativos pré-contratuais, já o

[332] MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O princípio da interpretação conforme e a sua não aplicação pelo Estado-Juiz: um (duplo) exemplo de incumprimento estadual*, cit., p. 14.

requisito de que o tribunal arbitral não haja decidido a causa segundo a equidade parece não suscitar problemas de maior no atinente à recorribilidade de decisões arbitrais sobre o controlo da legalidade de actos procedimentais de formação dos contratos públicos[333]. Destinando-se o controlo da legalidade dos actos procedimentais de formação dos contratos públicos a garantir a observância, entre outros, do regime das Directivas Procedimentais transposto para o CCP, a admissibilidade do julgamento segundo a equidade neste domínio implicaria a possibilidade de as partes afastarem o regime das Directivas Procedimentais. Por esta razão[334], parece razoável admitir que, à luz dos princípios comunitários da efectividade, efeito directo, prevalência na aplicação, uniformidade na aplicação e interpretação do direito nacional conforme ao direito da União Europeia[335], os tribunais arbitrais não poderão fiscalizar um acto administrativo pré-contratual segundo a equidade[336]. Tais litígios terão de ser decididos de acordo com o direito constituído.

Em suma, pode concluir-se pela admissibilidade do recurso à arbitragem para a fiscalização da legalidade dos actos procedimentais de formação dos contratos públicos, nos termos do artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA, afigurando-se uma tal possibilidade compatível com o regime contido nas Directivas Recursos.

2.1.1.4. Os actos administrativos praticados no âmbito de relações jurídicas

[333] A temática da admissibilidade do julgamento de litígios jurídico-administrativos segundo a equidade encontra-se excluída do âmbito do presente estudo: constituindo questão atinente ao critério de decisão do litígio e não às matérias susceptíveis de submissão a arbitragem, da sua análise não depende o estudo da admissibilidade da apreciação de actos administrativos por tribunais arbitrais.

[334] A par de outras de âmbito geral que não desenvolveremos no presente estudo por exorbitarem do seu objecto.

[335] Cfr., entre outros, FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, cit., pp. 510-566, em particular 563-566, e 620-622; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., pp. 491-531; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União (História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*), 6.ª edição, Almedina, 2010, pp. 397-422; ANTHONY ARNULL *et alli*, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2006, pp. 135-187, 206-221; e MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O princípio da interpretação conforme e a sua não aplicação pelo Estado-Juiz: um (duplo) exemplo de incumprimento estadual,* cit., em particular a jurisprudência do TJ referida na nota 40.

[336] Pronunciando-se pela inadmissibilidade do julgamento de questões de legalidade da actuação administrativa segundo a equidade, cfr., por exemplo, JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., p. 286; JOÃO MARTINS CLARO, "A Arbitragem no Projecto do Código de Processo nos Tribunais Administrativos", *Reforma do Contencioso Administrativo - O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 245; ALEXANDRA LEITÃO, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, cit., p. 402: "[d]eve, por isso, admitir-se a apreciação da validade dos actos administrativos através do recurso à arbitragem, excepto quando se pretenda julgar segundo a equidade, visto que, nessa matéria, o tribunal arbitral nunca pode julgar «*contra legem*» ou *praeter legem*, mas apenas *secundum legem*".

de emprego público

Tendo analisado a admissibilidade do controlo, por tribunais arbitrais, da legalidade de actos administrativos, à luz das alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA, importa agora averiguar se o recorte de arbitrabilidade fixado pela alínea d) comporta a fiscalização da legalidade de actos administrativos.

Nos termos do artigo 180.º, n.º 1, alínea d), do CPTA, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de "[l]itígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional". Esta alínea foi aditada ao n.º 1 do artigo 180.º do CPTA pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, versando especificamente sobre a arbitrabilidade de litígios no âmbito das relações jurídicas de emprego público.

Em boa verdade, poder-se-á afirmar que a arbitrabilidade de certos litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público já resultava das restantes alíneas do n.º 1 do artigo 180.º[337]: é, por exemplo, o caso dos litígios em que houvessem de ser resolvidas questões relativas a contratos de trabalho em funções públicas, os quais, bem assim, se reconduziam à previsão da alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA. No caso dos actos administrativos relativos a questões de emprego público, o recurso a tribunais arbitrais para o controlo da respectiva legalidade era possível, apenas, quanto a actos praticados em execução de contratos, com fundamento na aludida alínea a), pois que, como vimos, somente esta alínea admite o controlo, a título principal, da legalidade de actos administrativos pela via arbitral.

O aditamento da alínea d) ao n.º 1 do artigo 180.º do CPTA, um preceito que versa especificamente sobre a arbitragem de litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, não pode, por isso, deixar de suscitar a questão de saber se a arbitragem no domínio das relações jurídicas de emprego público passou a ser admitida em termos

[337] Neste sentido, escreve ANA FERNANDA NEVES, "A resolução dos conflitos laborais públicos por arbitragem administrativa", *in* ISABEL CELESTE DA FONSECA (Org.), *A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*, cit., pp. 17-18, que "[a] possibilidade de constituição de tribunal arbitral no domínio do emprego público já decorria para parte dos seus litígios da versão inicial do artigo 180.º do CPTA: os conflitos laborais públicos colocam questões relativas a contratos, *maxime* hoje em que o contrato de trabalho em funções públicas é o vínculo comum ou regra da relação jurídica de emprego público; colocam, bem assim, questões de efetivação do direito de regresso em sede de responsabilidade civil extracontratual; e questões sobre atos administrativo referentes à execução de tais contratos e a atos que podem ser revogados sem fundamento na sua invalidade".

mais abrangentes ou mais restritivos do que anteriormente à entrada em vigor de um tal preceito. Especificamente no que respeita ao controlo da legalidade de actos administrativos, e para o que releva no âmbito do presente estudo, importa averiguar se, por um lado, um tal preceito tem por efeito admitir a fiscalização autónoma da legalidade de outros actos administrativos que não se reconduzam à alínea a) e se, por outro lado, a sua conjugação com a alínea a) introduz alguma restrição ao controlo da legalidade de actos administrativos relativos a contratos de trabalho em funções públicas.

Para MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, "[a] introdução da nova alínea d) parece ter, assim, o alcance de ampliar o âmbito dos litígios que podem ser submetidos à apreciação de um tribunal arbitral, para além dos limites que resultaria da aplicação das restantes alíneas a), b) e c). Por conseguinte, afigura-se que qualquer litígio emergente de relações jurídicas de emprego público, desde que não estejam em causa direitos indisponíveis, poderá ser submetido a arbitragem, sem que, para o efeito, a questão tenha de ser enquadrada nos clássicos domínios das acções sobre contratos ou responsabilidade civil extracontratual, ou de respeitar a actos administrativos que, nos termos da lei substantiva, possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade"[338].

Segundo cremos, no que concerne especificamente aos actos administrativos praticados no âmbito das relações jurídicas de emprego público, haverá que interpretar conjugadamente as diversas alíneas do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA, somente dessa interpretação conjugada poderá extrair-se uma conclusão segura quanto à admissibilidade e limites da fiscalização por árbitros da legalidade de tais actos administrativos. Assim é, porque a alínea d) regula a arbitrabilidade por referência ao domínio material das relações jurídicas de emprego público, esclarecendo em que medida são arbitráveis as questões que se inserem nesse âmbito, enquanto as alíneas a) e c) regulam a arbitrabilidade de litígios jus-administrativos por referência às formas jurídicas adoptadas pela Administração para a sua actuação. Ora, ao fixar um recorte de arbitrabilidade por referência ao domínio material das relações jurídicas de emprego público, delimitando o âmbito da arbitragem sobre questões que se suscitem neste domínio, independentemente das formas jurídicas adoptadas pela Administração, a alínea d) desempenha a função de norma especial

[338] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 1150.

relativamente às normas que regulam a arbitrabilidade por referência aos instrumentos jurídicos adoptados pela Administração, adaptando a solução nestas contida quando se trate de questões laborais.

Pode, por isso, concluir-se que não basta que a alínea a) admita o controlo de legalidade de actos administrativos relativos a contratos, para que tal seja admissível no âmbito das relações jurídicas de emprego público, sendo necessário interpretar conjugadamente as duas alíneas, por forma a determinar se a alínea d) introduz algum desvio no atinente à arbitrabilidade dos actos administrativos relativos a contratos celebrados ou a celebrar no domínio do emprego público.

Por outro lado, precisamente porque a alínea d) estabelece um âmbito de arbitrabilidade por referência às relações jurídicas de emprego público, importa esclarecer se este preceito admite a arbitrabilidade de questões relativas a outros actos administrativos que não se enquadrem na alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA.

A alínea d) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA estabelece que pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, desde que "não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional". Da interpretação conjugada deste preceito com a alínea a) do n.º 1 do mesmo artigo resulta que, no domínio das relações jurídicas de emprego público, não será admissível o recurso à via arbitral para a fiscalização da legalidade de actos administrativos relativos a contratos de trabalho em funções públicas quando estejam em causa direitos indisponíveis e quando as situações jurídicas cuja apreciação se requer resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional. A despeito de o que antecede parecer apontar para a subsistência de uma margem residual de actos administrativos relativos a contratos de trabalho cuja fiscalização da legalidade poderia ser cometida a tribunais arbitrais, pensamos que assim não sucede.

Com efeito, a norma contida na alínea d) do n.º 1 do artigo 180.º constitui a única norma do regime geral da arbitrabilidade de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas que acolhe o critério de arbitrabilidade fundado na disponibilidade do direito sobre que incide o litígio, com eficácia circunscrita ao domínio dos litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público. Na sequência do que já anteriormente se escreveu sobre o critério da disponibilidade, a constatação da

indisponibilidade da competência administrativa levaria à conclusão de que toda e qualquer actuação administrativa, no domínio das relações jurídico-administrativas laborais, seria indisponível e, portanto, à luz da referida norma, inarbitrável.

Fazendo, no entanto, apelo, uma vez mais, à ideia de "indisponibilidade relativa", procurando na actividade administrativa zonas que exprimam uma margem de apreciação e decisão do órgão administrativo, resultaria que apenas poderiam ser sujeitas a arbitragem questões relativas à margem de livre decisão da Administração, porquanto aí a Administração actua juridicamente no exercício da sua autonomia pública, enquanto fora da margem de livre decisão a Administração actua juridicamente de forma exclusivamente vinculada, limitando-se a reproduzir, no caso decidendo, um conteúdo normativamente prefigurado, nessa parte, em todos os seus elementos.

Assim entendida a "disponibilidade" como respeitando à margem de livre apreciação e decisão da Administração, conclui-se que se encontra necessariamente excluído do âmbito da arbitragem o controlo da legalidade de actos administrativos, pois que este envolve, necessária e exclusivamente, um juízo de conformidade da actuação administrativa com as múltiplas vinculações que o princípio da juridicidade impõe à Administração, relativamente às quais esta não dispõe de qualquer flexibilidade: quando fiscaliza a legalidade de um acto administrativo, o tribunal arbitral é chamado a verificar a observância, no caso concreto, das vinculações que se impõem à Administração, pelo que estará em causa, apenas e só, a verificação do respeito por tais vinculações, isto é, *estarão em causa situações jurídicas indisponíveis para a Administração*.

Importa referir que a delimitação do âmbito da arbitragem no domínio das relações jurídicas de emprego público assim operada não tem qualquer relação com os poderes do tribunal arbitral para apreciar a legalidade da actuação administrativa, atentos os poderes jurisdicionais de que dispõe. Como escreve CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "[a] disponibilidade ou indisponibilidade deve ser avaliada questão a questão, considerando a causa de pedir e, eventualmente, os termos em que é formulado o pedido"[339]. Ao determinar que apenas são arbitráveis os litígios em que não estejam em causa situações jurídicas indisponíveis (para as partes), a lei exclui do âmbito da arbitragem os litígios incidentes sobre a zona vinculada da actuação administrativa, porquanto aí não há

[339] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos*, cit., p. 86.

qualquer disponibilidade da situação jurídica em apreço: as vinculações que emergem da adstrição da Administração à juridicidade devem ser por esta integralmente observadas, não dispondo o órgão administrativo de qualquer margem de decisão sobre o respeito (ou a medida do respeito) por tais vinculações. Conclui-se, pois, que a lei subtrai, por esta via, o controlo da legalidade da actuação administrativa, no contexto das relações laborais, do âmbito da arbitragem, o que nada tem que ver com a medida dos poderes dos árbitros.

Deste modo, ao excluir expressamente do âmbito da arbitragem os litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público quando estejam em causa direitos indisponíveis, a alínea d) introduz um desvio à arbitrabilidade do controlo da legalidade dos actos administrativos relativos a contratos, estabelecendo que, no domínio do emprego público, não poderá recorrer-se à via arbitral para a fiscalização da legalidade de actos administrativos relativos a contratos de trabalho.

Por outro lado, quanto à possibilidade de cometer a tribunais arbitrais o controlo da legalidade de outros actos administrativos não abrangidos pela previsão da alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA, pode concluir-se que a restrição da arbitrabilidade, no domínio das relações jurídicas de emprego público, a matérias disponíveis – contida na alínea d) – inviabiliza o recurso à arbitragem para o controlo da legalidade de quaisquer actos administrativos praticados no âmbito das relações de emprego público, pois que, como se referiu, está aí em causa matéria indisponível para a Administração.

2.1.2. A competência dos tribunais arbitrais para a apreciação da legalidade dos actos administrativos a título incidental

2.1.2.1. A extensão da competência à decisão de questões prejudiciais: o princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária

Conforme já se assinalou, o recorte de questões emergentes de actos administrativos resultante do disposto nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA não esgota o conjunto de situações em que um tribunal pode ser chamado a pronunciar-se sobre a legalidade de um acto administrativo. Com efeito, o recorte de arbitrabilidade fixado no artigo 180.º, n.º 1, do CPTA estabelece o conjunto abstracto de actos administrativos cuja legalidade pode ser apreciada, a título principal, por um tribunal

arbitral, isto é, o conjunto de situações em que é admissível o recurso à arbitragem com vista à anulação ou declaração de nulidade de um acto administrativo.

Pode, porém, suceder que a decisão de mérito de uma acção arbitral para cujo objecto principal o tribunal arbitral seja competente – por se tratar de uma questão arbitrável abrangida por convenção de arbitragem – dependa da prévia apreciação da legalidade de um acto administrativo. Nestes casos, o litígio não poderá ser resolvido sem que previamente seja apreciada a invocada ilegalidade do acto administrativo, que surge, assim, como verdadeira questão jurídica prejudicial, indispensável para a resolução do litígio que as partes cometeram ao tribunal arbitral.

Nas palavras de JOSÉ LEBRE DE FREITAS, constitui questão jurídica prejudicial toda aquela "cuja solução constitua pressuposto *necessário* da decisão de mérito, quer esta necessidade resulte da configuração da causa de pedir, quer da arguição ou existência duma excepção (peremptória ou dilatória), quer ainda do objecto de incidentes em correlação lógica com o objecto do processo, e seja mais ou menos directa a relação que ocorra entre essa questão e a pretensão ou o *thema decidendum*"[340]. Assim, por exemplo, a invalidade de um acto procedimental de formação de um contrato administrativo constitui um pressuposto necessário da decisão de anulação desse contrato com fundamento na respectiva invalidade consequente.

A verificação da existência de uma questão prejudicial, na pendência de um processo arbitral, poderá, em certos casos, suscitar um problema de competência do tribunal arbitral. Para benefício da exposição subsequente, importa distinguir os seguintes tipos de questões prejudiciais que poderão suscitar-se num processo arbitral:

- questões suscitadas como fundamento da acção ou da defesa (que o tribunal tenha necessariamente de apreciar para poder decidir o mérito da causa), que constituam matéria autonomamente arbitrável;
- questões suscitadas como fundamento da acção ou da defesa (que o tribunal tenha necessariamente de apreciar para poder decidir o mérito da causa), que constituam matéria autonomamente inarbitrável.

O CPTA não contém, no seu Título IX, qualquer disposição que verse sobre a temática das questões prejudiciais. Do mesmo modo, também a LAV não oferece solução

[340] JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2006, pp. 130 e 131.

para o problema. Segundo cremos, a solução passa por aplicar, no domínio da arbitragem administrativa, as disposições gerais que regem o processo administrativo, nelas procurando obter a solução que melhor se ajuste, por um lado, ao carácter voluntário da arbitragem e, por outro lado, à sua natureza jurisdicional. Deve, a este propósito, sublinhar-se que, diferentemente do que sucede com a arbitragem de direito privado, a arbitragem administrativa encontra-se regulada primariamente no CPTA, extraindo-se dessa opção de regulação codificada uma vontade inequívoca do legislador de sujeitar a arbitragem administrativa às normas e princípios gerais do contencioso administrativo.

Assomam, neste domínio, como relevantes as regras contidas no artigo 15.º do CPTA e no artigo 91.º do CPC[341], aplicável por via da remissão operada pelo artigo 1.º do CPTA. Umas e outras conformam a competência do juiz administrativo para a decisão das questões prejudiciais que se suscitem no âmbito de um processo administrativo, independentemente de tais questões se integrarem ou não no âmbito da jurisdição administrativa. Enquanto o artigo 15.º do CPTA trata das questões prejudiciais suscitadas como fundamento da acção ou da defesa para cuja decisão seria principalmente competente um tribunal de outra jurisdição, o artigo 91.º do CPC trata das questões prejudiciais suscitadas pelo réu como meio de defesa (excepções), que se enquadrem na jurisdição a que pertence o tribunal perante o qual são suscitadas[342].

Com efeito, nos termos do artigo 91.º, n.º 1, do CPC, "o tribunal competente para a acção é também competente para conhecer dos incidentes que nela se levantem e das questões que o réu suscite como meio de defesa". A aplicação deste preceito no domínio do contencioso administrativo determina a extensão da competência dos tribunais administrativos à decisão das questões prejudiciais de natureza jurídico-administrativa suscitadas pelo réu como meio de defesa, com a ressalva de que, em princípio, a decisão de tais questões "não constitui, porém, caso julgado fora do processo respectivo, excepto se alguma das partes requerer o julgamento com essa amplitude e o tribunal for competente do ponto de vista internacional e em razão da matéria e da hierarquia" (artigo

[341] O artigo 91.º do CPC corresponde, na íntegra, ao artigo 96.º do CPC de 1961. O quadro legal da extensão e modificações da competência dos tribunais no direito processual civil não sofreu alteração, nas matérias que relevam para o presente estudo, com a entrada em vigor no CPC e consequente revogação do CPC de 1961. Por esta razão, consideramos que as referências jurisprudenciais e doutrinárias sobre o tema respeitantes aos preceitos relevantes do CPC de 1961 mantêm plena actualidade perante o novo CPC.

[342] Sobre a conjugação dos artigos 15.º do CPTA e 96.º do CPC de 1961, cfr., por exemplo, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados*, Volume I, reimpressão da edição de Novembro/2004, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 187-189.

91.º, n.º 2, do CPC)[343].

Como explicam LEBRE DE FREITAS, JOÃO REDINHA e RUI PINTO, fora do âmbito deste preceito "ficam as questões que o tribunal deva **necessariamente** considerar, na lógica do pedido deduzido, a fim de chegar à apreciação deste, isto é, as respeitantes à causa de pedir (ex.: a validade do contrato cujo cumprimento é pedido). Tendo embora a mesma natureza de questão prejudicial que a excepção peremptória [...], a competência do tribunal para delas conhecer é inerente à ligação necessária em que estão com o *thema decidendum*, pelo que não era justificado, fora dos casos do artigo seguinte [trata-se do artigo 97.º do CPC de 1961[344] que, à semelhança do artigo 15.º do CPTA, trata das questões prejudiciais da competência de outras jurisdições], prevê-las num preceito sobre a extensão da competência do tribunal («o tribunal... é **também** competente»)"[345].

Diferentemente, o artigo 15.º do CPTA consagra, no domínio do contencioso administrativo, o princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária, segundo o qual caberá ao tribunal, ante uma questão prejudicial da competência de outra jurisdição, optar entre a devolução da questão ao tribunal principalmente competente para dela conhecer, sobrestando na decisão da causa, ou o conhecimento incidental da questão prejudicial, prosseguindo com a apreciação e decisão da causa. Dito de outro modo, "[n]os processos administrativos, o juiz, em face de uma questão prejudicial que seja da competência de um tribunal de outra jurisdição, pode escolher livremente entre sobrestar na decisão até que o tribunal competente se pronuncie (devolução facultativa), ou então decidir a questão com base nos elementos de prova admissíveis e com efeitos restritos àquele processo (suficiência discricionária)"[346].

Segundo o disposto no artigo 15.º do CPTA, a suspensão do processo em resultado da decisão de sobrestar no julgamento da causa não pode manter-se indefinidamente: se os interessados não promoverem os termos do processo relativo à questão prejudicial no

[343] Sobre a extensão da competência do tribunal à decisão das questões suscitadas pelo réu como meio de defesa operada pelo artigo 96.º do CPC de 1961, cfr. LEBRE DE FREITAS / JOAO REDINHA / RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 180-181; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados*, vol. I, cit., pp. 188-189; e ANTUNES VARELA / MIGUEL BEZERRA / SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp. 220-221.

[344] Correspondente, na íntegra, ao artigo 92.º do CPC.

[345] LEBRE DE FREITAS / JOÃO REDINHA / RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, cit., pp. 180-181.

[346] VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa - Lições*, cit., pp. 435 e 436.

prazo de dois meses ou se, durante o mesmo prazo, a esse processo não for dado andamento por negligência das partes, fica sem efeito a suspensão, devendo o juiz decidir a questão prejudicial para a qual não é principalmente competente. Em qualquer caso, deve notar-se que a decisão da questão prejudicial da competência dos tribunais de outra jurisdição apenas produzirá efeitos no âmbito do processo em que é proferida, não se formando, assim, quanto a ela, caso julgado fora desse processo.

Posto que a competência de um tribunal arbitral para a acção é delimitada pela convenção de arbitragem, não podendo, todavia, exceder o recorte de arbitrabilidade legalmente fixado, parece poder afirmar-se que o âmbito da jurisdição dos tribunais arbitrais corresponde ao conjunto das questões cujo julgamento, a título principal, pode ser deferido a tribunal arbitral, enquanto a medida da jurisdição de um tribunal arbitral para a acção resulta da delimitação operada pelas partes na convenção de arbitragem. Em matéria jurídico-administrativa, e ressalvada a existência de regimes especiais, o âmbito da arbitragem corresponde ao conjunto das questões enumeradas do artigo 180.º do CPTA, enquanto a medida da jurisdição de um tribunal arbitral para a resolução do litígio jurídico-administrativo que lhe é submetido resulta da convenção de arbitragem, cujo objecto não pode, portanto, exceder o âmbito da jurisdição arbitral em matéria administrativa.

Não obstante a natureza pública do poder exercido pelos árbitros – trata-se de verdadeiro e próprio poder jurisdicional –, a jurisdição arbitral assume uma natureza distinta da jurisdição dos tribunais estaduais, constituindo uma jurisdição privada, operada e conformada, no essencial, por sujeitos privados, enquanto a jurisdição dos tribunais estaduais constitui uma jurisdição pública, operada e conformada, no essencial, pelo direito objectivo. É esta diferença fundamental que explica, aliás, a autonomização dos tribunais arbitrais como categoria constitucional de tribunais distinta das demais: embora partilhem de idênticos poderes, a natureza privada de uns e pública de outros justifica a mencionada diferenciação, que se reflecte inelutavelmente nos respectivos regimes jurídicos infraconstitucionais. Por regra, a diferenciação entre as diversas jurisdições segue um critério de especialização material. No caso dos tribunais arbitrais, porém, sendo a sua esfera de competência ideal parcialmente coincidente com a dos tribunais de outras jurisdições (que, por isso, integram, em sentido material e funcional), a sua diferenciação primordial atende, justamente, à respectiva natureza privada e voluntária. Se é verdade que os tribunais arbitrais constituídos para o julgamento de litígios emergentes de relações

jurídico-administrativas integram a jurisdição administrativa, *em sentido material e funcional*, também o é que os tribunais arbitrais formam uma jurisdição privada, habitualmente designada por jurisdição arbitral[347], de harmonia com a autonomia que lhes é conferida pelo artigo 209.º da CRP.

Em face do que antecede, pode extrair-se do artigo 91.º do CPC, por via do artigo 1.º do CPTA, uma regra segundo a qual a competência dos árbitros para o julgamento de um litígio que tenha por objecto uma pretensão arbitrável se estende à decisão das questões prejudiciais invocadas pelo demandado como meio de defesa que, podendo ou não estar expressamente contempladas na convenção de arbitragem, constituam matéria autonomamente arbitrável. Dito de outro modo, o tribunal arbitral competente para a apreciação do litígio que lhe foi submetido é também competente para a apreciação das questões invocadas pelo demandado como meio de defesa, com fundamento no preceito em análise, desde que tais questões integrem o âmbito da jurisdição arbitral, mesmo que não estejam abrangidas pela convenção de arbitragem. Esta regra é consentânea com os princípios fundamentais que, nos termos do artigo 30.º, n.º 1, da LAV, regem o processo arbitral, em particular o direito de defesa, a igualdade das partes e o contraditório. Assim é, efectivamente, porquanto não podia admitir-se que a consideração, pelo tribunal arbitral, das questões prejudiciais invocadas pelo demandado no exercício do seu direito de defesa ficasse dependente do acordo do demandante, em sede de convenção de arbitragem, desde que tais questões se insiram no âmbito da jurisdição arbitral (não sendo este o caso, a questão coloca-se noutros termos, já que tais questões não poderiam validamente ser abrangidas por convenção de arbitragem). Uma tal restrição do direito de defesa seria totalmente injustificada, não só à luz do princípio da igualdade das partes, mas, sobretudo, à luz da garantia constitucional do processo equitativo consagrada no artigo 20.º, n.º 4, da CRP.

Contra a extensão da competência do tribunal arbitral à decisão das questões prejudiciais arbitráveis invocadas pelo demandado, para as quais não seja autonomamente competente por não se encontrarem abrangidas por convenção de arbitragem, poderia argumentar-se que o tribunal, não sendo competente para delas conhecer, teria de

[347] Com referências esparsas à existência de uma *jurisdição arbitral*, não raras vezes em contraposição a uma *jurisdição pública*, cfr., por exemplo, acórdão do TRL de 18 de Setembro de 2008, proferido no processo 3612/2008-8; acórdão do TRL de 20 de Abril de 2006, proferido no processo 3041/2006-2; acórdão do TRL de 18 de Maio de 2004, proferido no processo 3094/2004-7; acórdão do STJ de 10 de Janeiro de 2011, proferido no processo 2207/09.6TBSTB.E1.S1; acórdão do STJ de 18 de Maio de 1999, proferido no processo 99A1015; acórdão do TCA Sul de 11 de Junho de 2007, proferido no processo 01163/05.

suspender o processo, não decidindo o litígio enquanto não se mostrassem decididas tais questão prejudiciais pelo órgão jurisdicional competente. Esta perspectiva suscita idênticas perplexidades, desta feita em sentido inverso: ao determinar-se a suspensão do processo por efeito da invocação de questões prejudiciais pelo demandado não abrangidas pela convenção de arbitragem, estar-se-ia a permitir que o demandado, por sua exclusiva iniciativa, pudesse inviabilizar, na prática, o recurso à arbitragem para resolução do litígio que previamente acordara resolver por essa via. Optando-se pela não extensão da competência do tribunal arbitral à decisão de tais questões, sempre o demandante ou o demandado ficariam colocados numa posição de desigualdade plenamente injustificada: no primeiro caso, o demandado veria o litígio decidido sem consideração das questões por si invocadas como meio de defesa; no segundo caso, o demandante ficaria sujeito a delongas injustificadas no processo arbitral ou mesmo à inviabilização de um tal processo por exclusiva vontade do demandado. A extensão da competência do tribunal arbitral à decisão das questões prejudiciais invocadas pelo demandado como meio de defesa surge, assim, como solução mais equilibrada, atendendo aos interesses em jogo.

Note-se, porém, que a competência do tribunal para a apreciação das questões prejudiciais não significa que a decisão sobre as mesmas produza um efeito de caso julgado fora do processo arbitral, já que, em princípio, apenas a decisão sobre os pedidos formulados pelas partes, e não também os respectivos fundamentos, está abrangida pela eficácia de caso julgado material[348]. A decisão de mérito proferida num processo arbitral tem, nos termos do artigo 42.º, n.º 1, da LAV, aplicável por força dos artigos 1.º e 181.º do CPTA, "o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual", pelo que têm aqui plena aplicação as limitações da eficácia de caso julgado material que vigoram para as decisões dos tribunais estaduais. Nada impede, porém, que as partes requeiram o julgamento de uma questão prejudicial com amplitude de caso julgado material, formulando um pedido nesse sentido, desde que, tratando-se de matéria arbitrável, esse pedido esteja abrangido pela convenção de arbitragem e seja admissível à

[348] Note-se, todavia, que, nos processos administrativos de impugnação de actos administrativos, como assinala MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 81, "[é], entretanto, pacificamente reconhecido que o caso julgado material formado pela sentença de anulação ou de declaração de nulidade de actos administrativos não se limita ao reconhecimento da invalidade do acto anulado ou declarado nulo, mas também se estende à definição, em maior ou menor medida, dos termos em que (não) se deve processar o exercício futuro do poder manifestado através desses actos, com a consequente proibição da reincidência, por parte da Administração, nas ilegalidades cometidas com a prática do acto anulado ou declarado nulo".

luz das regras aplicáveis ao processo arbitral[349].

Assim, tratando-se de uma questão susceptível de ser submetida autonomamente a arbitragem, o tribunal arbitral poderá prosseguir na apreciação e julgamento do litígio cuja resolução lhe foi cometida pelas partes, decidindo a questão prejudicial invocada pelo demandado. No caso das questões prejudiciais invocadas pelo demandante como fundamento da acção, do confronto da convenção de arbitragem, que comete ao tribunal arbitral a resolução do litígio para cuja decisão se afigura indispensável a prévia apreciação de tais questões prejudiciais, com o recorte legal da arbitrabilidade, que assegura a possibilidade de o julgamento dessas questões ser deferido a tribunal arbitral, resulta que o tribunal mantém plena competência para as questões que constituem pressuposto lógico da decisão de mérito do litígio.

No que respeita às questões prejudiciais invocadas pelo demandante ou pelo demandado que se não enquadrem no âmbito da jurisdição arbitral, isto é, que não pudessem ser autonomamente submetidas a tribunal arbitral, pode extrair-se do artigo 15.º do CPTA uma regra segundo a qual o tribunal arbitral poderá optar entre suspender o processo arbitral até que o tribunal principalmente competente se pronuncie ou decidir as questões prejudiciais com efeitos restritos ao processo. Trata-se, bem assim, da aplicação, no domínio da arbitragem administrativa, do princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária.

Este princípio, transversal ao direito processual português, encontra-se estabelecido no citado artigo 15.º do CPTA, para o processo administrativo, no artigo 92.º do CPC, para o processo civil (embora com um alcance globalmente menor[350]), e no artigo 7.º do CPP, para o processo penal. Assim erigido em princípio geral de direito processual, o princípio da suficiência serve propósitos muito relevantes para o domínio da arbitragem: em primeiro lugar, articulado com o princípio da economia processual, a aplicação deste princípio permite obviar à demora injustificada no processo, sobretudo nos casos em que se afigure manifesta a desnecessidade de devolver a questão a outro tribunal, designadamente pela simplicidade da questão ou pela suficiência dos elementos constantes

[349] À semelhança do que sucede nos tribunais estaduais com o pedido de declaração incidental previsto no artigo 91.º, n.º 2, do CPC.

[350] O artigo 15.º do CPTA compreende as questões prejudiciais que sejam da competência de qualquer outra jurisdição, incluindo a fiscal, enquanto o artigo 92.º do CPC apenas integra no seu âmbito de previsão as questões da competência dos tribunais administrativos ou criminais. Cfr. LEBRE DE FREITAS / JOÃO REDINHA / RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, cit., pp. 184-185.

dos autos para a sua resolução; em segundo lugar, a aplicação deste princípio à arbitragem, ao estender a competência do tribunal à decisão da questão prejudicial, impede que, a coberto da existência de uma tal questão, a parte interessada possa, na prática, obstar à resolução do litígio pela via arbitral, por falta de competência do tribunal arbitral para a decisão da questão indispensável ao conhecimento do objecto principal do litígio; em terceiro lugar, intimamente relacionado com o que se acabou de referir, a aplicação deste princípio à arbitragem constitui, ainda, um desenvolvimento da natureza voluntária da arbitragem, pois que por meio dele se protege o foro escolhido pelas partes para a resolução do litígio que constitui o objecto principal do processo.

Para o efeito da aplicação do artigo 15.º do CPTA à decisão, em processo arbitral, de uma questão prejudicial de legalidade de um acto administrativo que seja isoladamente caracterizada como inarbitrável, deve entender-se que ainda constitui *questão da competência de tribunal pertencente a outra jurisdição* a questão que é da competência de um tribunal estadual, mesmo que se trate de um tribunal administrativo. Poderá, à primeira vista, parecer estranho que os tribunais estaduais administrativos sejam considerados tribunais pertencentes a outra jurisdição, para efeitos do disposto no artigo 15.º do CPTA, mesmo quando esteja em causa a sua aplicação no domínio da arbitragem: a *outra jurisdição* que o preceito tem em vista é *qualquer outra que não a jurisdição administrativa*, incluindo a jurisdição fiscal, o que, tendo em conta que os tribunais arbitrais também integram a jurisdição administrativa, poderia levar a pensar que a sua aplicação no domínio da arbitragem apenas permitiria chegar à extensão da competência dos tribunais arbitrais para a decisão de questões prejudiciais que não integram o âmbito da jurisdição administrativa, tal como delimitado pela CRP e pelo ETAF. Conforme concluímos, porém, os tribunais arbitrais formam uma jurisdição própria – a jurisdição arbitral –, cuja autonomia, de harmonia com a diferenciação operada pelo artigo 209.º da CRP, não é diminuída pelo facto de o seu âmbito material de jurisdição coincidir, ao menos parcialmente, com o de tribunais pertencentes a outras jurisdições. O âmbito da jurisdição dos tribunais arbitrais corresponde ao conjunto das questões cujo julgamento, a título principal, pode ser deferido a tribunal arbitral, pelo que, para o efeito da aplicação do artigo 15.º do CPTA, deve entender-se que pertencem a outra jurisdição os tribunais competentes para julgar questões que não se integrem no âmbito da jurisdição dos tribunais arbitrais em matéria administrativa.

Assim, do disposto no artigo 15.º do CPTA resulta que o tribunal arbitral, ante uma

questão de legalidade de um acto administrativo autonomamente inarbitrável, pode optar por decidir, desde logo, a questão, com efeitos limitados ao processo onde esta decisão é proferida, ou, em alternativa, suspender o processo, aguardando que o tribunal principalmente competente para controlar a legalidade do acto administrativo decida a questão. Esta suspensão, porém, cessará, conforme referido, se os interessados não promoverem os termos do processo relativo à questão prejudicial no prazo de dois meses ou se, durante o mesmo prazo, a esse processo não for dado andamento por negligência das partes, caso em que o tribunal deverá prosseguir com a decisão da questão prejudicial.

Em suma, se um tribunal arbitral constituído para resolver, a título principal, um litígio de direito administrativo se deparar com uma questão prejudicial de legalidade de um acto administrativo que seja autonomamente inarbitrável, o artigo 15.º do CPTA habilita-o a resolver incidentalmente a questão prejudicial, estendendo a sua competência à decisão da questão, com efeitos limitados a esse processo[351].

A idêntica solução se chegará se um tribunal arbitral constituído para a resolução, a título principal, de um litígio de direito privado se deparar com uma questão prejudicial de legalidade de um acto administrativo. Neste sentido, escreve PAULO OTERO que "[v]erificando-se que o tribunal arbitral decidiu não suspender o processo arbitral ou, tendo-o feito, a suspensão cessou, a ordem jurídica habilita, nos termos do artigo 97.º do Código de Processo Civil, que o tribunal competente para resolver o litígio objecto principal do processo seja também competente para a resolução das questões prejudiciais: os tribunais arbitrais podem, por isso mesmo, conhecer questões prejudiciais referentes à

[351] Em sentido convergente, RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *A Submissão à Arbitragem dos Actos Procedimentais de Formação dos Contratos Públicos*, cit., pp. 158-159. Especificamente no domínio do controlo arbitral da legalidade dos actos procedimentais pré-contratuais, caso se entendesse que as questões emergentes de tais actos não poderiam ser autonomamente resolvidas por tribunais arbitrais (posição que, como resulta do texto, não acompanhamos), sempre seria de considerar, nas palavras do autor citado, que "[p]ermanece igualmente sempre aberta a possibilidade de conhecer incidentalmente o acto de adjudicação no processo arbitral que tenha por objecto a interpretação ou a validade do contrato posteriormente celebrado, nos termos do artigo 15.º do CPTA e 97.º do CPC [de 1961]". Para este autor, "[o] tribunal arbitral, ao julgar uma questão sobre a interpretação e validade de um acto administrativo emergente de uma relação de direito público, se se deparar com uma questão pré-judicial, pode, em alternativa, sobrestar à decisão com devolução das partes para a jurisdição competente ou conhecer da questão pré-judicial. É o chamado princípio da devolução facultativa. Quando o tribunal conhecer da questão pré-judicial, aprecia, obviamente, se for caso disso, a legalidade dos actos procedimentais pré-contratuais". Cfr., ainda, do mesmo autor, *O Alargamento do Âmbito das Matérias Sujeitas à Arbitragem Administrativa no Direito Português*, cit., pp. 177 e 180. Em sentido contrário, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA consideram que "[s]e uma questão pré-contratual for [...] suscitada no âmbito de uma acção contratual submetida a tribunal arbitral, este terá de sobrestar no seu conhecimento e aguardar que o tribunal estadual competente se pronuncie sobre a validade do acto pré-contratual" (*Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 1147).

invalidade de atos administrativos"[352] [353].

Esta solução tem por contraponto que também os tribunais estaduais serão competentes para conhecer das questões prejudiciais cuja apreciação e decisão as partes tenham cometido a um tribunal arbitral, por convenção de arbitragem. Do mesmo modo que o tribunal arbitral vê a sua competência estender-se à decisão das questões prejudiciais da competência dos tribunais estaduais, também o tribunal estadual vê a sua competência estender-se à decisão das questões prejudiciais que, por convenção das partes, devam ser resolvidas por arbitragem. Em ambos os casos, porém, a decisão da questão prejudicial produzirá efeitos apenas nos processos em que for proferida[354].

2.1.2.2. Em particular: a efectivação da responsabilidade civil por acto administrativo ilegal

À semelhança do que sucedia relativamente ao contencioso dos contratos, o contencioso da responsabilidade civil é um domínio onde desde há muito se admite o recurso à arbitragem, o que poderá encontrar explicação no "facto de, no âmbito desse contencioso, apenas se discutirem questões em relação às quais se entende que, como não envolvem o exercício de poderes de autoridade da Administração, a função do juiz não é essencialmente diferente da que corresponde aos juízes dos tribunais judiciais, pelo que não há inconveniente em confiar a apreciação dessas questões à arbitragem, a exemplo do

[352] PAULO OTERO, *Arbitragem interna de litígios de Direito público: a publicização da arbitragem interna de Direito privado*, cit., p. 193.

[353] No sentido da aplicação do princípio da devolução facultativa no domínio da arbitragem, cfr., ainda, JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Apresentação sobre a nova Lei de Arbitragem Voluntária e a aplicação do Direito da Concorrência*, 2012, p. 4, disponível em http://arbitragem.pt/noticias/arquivo/2012 (consultado em 5.10.2013), para quem, "como se sabe, um tribunal arbitral ou qualquer outro órgão jurisdicional que deva conhecer uma questão, é igualmente competente para conhecer e decidir para esse efeito, todas as questões prejudiciais de que depende a resolução da questão principal que se lhe coloca".

[354] No sentido de que os tribunais estaduais poderão conhecer de questões prejudiciais cuja apreciação haja sido cometida a tribunal arbitral já se pronunciou o Tribunal da Relação do Porto, por acórdão de 27 de Março de 1974, proferido no recurso n.º 10495, *Boletim do Ministério da Justiça*, 235, p. 358: indicando que "[a] razão de ser da disposição do artigo 96.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, é evitar a suspensão da causa até ao julgamento no tribunal próprio das questões prejudiciais ou incidentais", o Tribunal considerou que "[e]ssa razão de ser, tendo por base um critério funcional, impõe a extensão da competência às questões suscitadas como meio de defesa, mesmo que em cláusula compromissória, fazendo parte integrante do contrato, as partes hajam estabelecido que as desinteligências relativas ao cumprimento por parte do ora autor na acção, seriam resolvidas por arbitragem".

que sucede no âmbito dos litígios que são submetidos à jurisdição daqueles tribunais"[355].

Com efeito, a responsabilidade civil administrativa foi um dos primeiros domínios em que se tornou admissível o recurso à arbitragem para resolução de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, remontando a sua expressa admissibilidade legal ao ETAF de 1984, em cujo artigo 2.º, n.º 2, se estabelecia a possibilidade da constituição de tribunais arbitrais para resolução de litígios no domínio do contencioso da "responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo o contencioso das acções de regresso".

Actualmente, a possibilidade de deferir a tribunais arbitrais a resolução de litígios sobre questões de responsabilidade civil em matéria administrativa resulta da alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA, para a responsabilidade civil contratual, e da alínea b) do mesmo número deste artigo, para a responsabilidade civil extracontratual. Fora do âmbito da arbitragem ficará, nos termos do artigo 185.º do CPTA, a resolução de litígios emergentes de responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função legislativa ou da função jurisdicional, apenas se podendo recorrer à arbitragem para reparação de prejuízos causados no exercício da função administrativa.

As *questões de responsabilidade civil extracontratual* que o artigo 180.º, n.º 1, alínea b), do CPTA tem em vista são, bem se vê, aquelas cuja apreciação cabe aos tribunais da jurisdição administrativa, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alíneas g), h) e i), do ETAF:

- questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público, excluindo, por virtude do artigo 185.º do CPTA, a resultante do exercício da função jurisdicional e da função legislativa;

- questões de responsabilidade civil extracontratual dos titulares de órgãos, funcionários, agentes e demais servidores públicos, incluindo a efectivação do direito de regresso, nos termos da lei;

- questões de responsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados, aos

[355] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 1145.

quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público.

Em suma, tal como anteriormente à vigência do CPTA, poderão ser constituídos tribunais arbitrais para apreciar questões de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa. Neste contexto, pode suceder que, em acção arbitral de responsabilidade civil, o lesado fundamente a sua pretensão reparatória em danos decorrentes da prática de um acto administrativo ilegal. Nestes casos, a apreciação do mérito da causa envolverá, necessariamente, um juízo prévio sobre a ilegalidade de um tal acto administrativo (embora nem toda a ilegalidade seja relevante para a verificação do pressuposto da ilicitude, certo é que todo o acto ilícito é, também, ilegal). Por outras palavras, o recurso aos tribunais arbitrais para a efectivação de responsabilidade civil fundada em danos decorrentes da prática de um acto administrativo ilegal implicará a apreciação da legalidade deste acto, a propósito da verificação do pressuposto da ilicitude.

Poderia, a este propósito, suscitar-se a questão de saber se o tribunal arbitral, à luz das normas que regem a arbitragem em matéria administrativa, pode apreciar, a título incidental, a ilegalidade do acto administrativo em causa, com vista à indagação da verificação do pressuposto da ilicitude, ou se, pelo contrário, deve sobrestar na decisão, até que o tribunal estadual competente se pronuncie sobre a questão, em acção proposta para o efeito. Cremos que a solução para o problema deverá seguir o regime explicitado no ponto anterior: se se tratar de um dos limitados casos em que a apreciação da validade de actos administrativos, a título principal, integra o recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa, o tribunal arbitral deverá apreciar incidentalmente a ilegalidade do acto, porquanto é plenamente competente para o efeito; diversamente, se se tratar de um caso que se situe fora do recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa, aplicar-se-á o regime do artigo 15.º do CPTA, podendo o tribunal optar por decidir a questão ou pela suspensão do processo, nos termos já expostos[356]. Curiosamente, a referência expressa, no

[356] Já nos suscita sérias reservas, *de iure condito*, a posição manifestada por RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *O Alargamento do Âmbito das Matérias Sujeitas à Arbitragem Administrativa no Direito Português*, cit., p. 179, segundo a qual "não há razão para excluir que essa fiscalização [incidental de actos administrativos em acção arbitral de indemnização] possa igualmente ser feita a título principal e como parte do objecto do processo indemnizatório". Perante o direito constituído, não nos parece que a possibilidade de deferir a tribunais arbitrais o julgamento de questões de responsabilidade civil extracontratual constitua, por si só, fundamento para que o tribunal arbitral possa fiscalizar, a título principal, a legalidade de um acto administrativo, fora dos limitados casos em que, por lei especial ou por alguma das restantes alíneas do artigo 180.º do CPTA, é admitida a apreciação da validade de actos administrativos por tribunais arbitrais.

ETAF de 1984, aos actos de gestão pública obviava à colocação de um tal problema: era o próprio recorte de arbitrabilidade legalmente fixado que especificava, pelos seus próprios termos, a admissibilidade da apreciação incidental pelo tribunal arbitral da ilegalidade de quaisquer actos administrativos, para o efeito da efectivação da responsabilidade.

Certo é, porém, que, e aqui reside a importância da referência particular ao caso da responsabilidade civil, este é um dos domínios em que há mais tempo se admite o exercício, por tribunais arbitrais, de uma forma de controlo da legalidade de actos administrativos, ainda que a título incidental, porquanto os respectivos efeitos não se traduzem na anulação ou declaração da nulidade do acto, relevando, apenas, para o efeito da verificação dos pressupostos de que depende a efectivação da responsabilidade civil. Em boa verdade, já no domínio da vigência do ETAF de 1984 era "possível que o juízo de invalidade do tribunal arbitral incidisse sobre actos administrativos, a título incidental, [...] no âmbito das acções de responsabilidade extra-contratual por actos de gestão pública: o que é aferir a existência de um acto lícito ou ilícito se não, afinal, um juízo sobre a validade ou a invalidade do acto em causa?"[357].

2.1.2.3. Em particular: os actos administrativos nulos

Impõe-se, ainda, uma referência particular aos actos administrativos cuja nulidade seja suscitada perante um tribunal arbitral, que se justifica pelos termos amplos em que se encontra estabelecida, no artigo 134.º, n.º 2, do CPA, a possibilidade de a nulidade de um acto administrativo ser declarada por qualquer tribunal. A inserção sistemática da análise do tema deixa antever que, quanto a nós, a solução não há-de ser diferente da que vigora para a anulabilidade dos actos administrativos, quando se trate de matéria não abrangida pelas normas que estabelecem o recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa: não pode ser conhecida a título principal, podendo ser apreciada somente a título incidental.

Nos termos do artigo 134.º, n.º 2, do CPA, "[a] nulidade [de um acto administrativo] é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada, também a todo o tempo, por qualquer órgão administrativo ou por qualquer tribunal". À

[357] PAULO OTERO, *Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Actos Administrativos*, cit., p. 84.

primeira vista, a redacção do preceito sugere que dele se possa extrair uma regra atributiva de competência a todos os tribunais (e a todos os órgãos administrativos) para declarar a nulidade de um acto administrativo. Pode mesmo dizer-se que é nesse sentido que aponta a literalidade do preceito: a nulidade do acto pode ser declarada por qualquer tribunal. A ser assim, isto é, a reconhecer-se no artigo 134.º, n.º 2, do CPA uma regra de competência segundo a qual todos os tribunais poderiam declarar a nulidade de um acto administrativo, forçoso seria considerar que também os tribunais arbitrais poderiam apreciar, mesmo a título principal, a nulidade de um acto administrativo. O artigo 134.º, n.º 2, do CPA assumiria, assim, uma vertente de preceito regulador da arbitrabilidade em matéria administrativa, ao permitir que os tribunais arbitrais declarassem a nulidade de actos administrativos. A razão explicativa dos termos amplos em que se encontra formulado o n.º 2 do artigo 134.º do CPA reside, segundo cremos, na circunstância de um acto administrativo nulo constituir um acto jurídico que não produz quaisquer efeitos jurídicos, pelo que não é idóneo a vincular as instâncias jurisdicionais[358]. Diferentemente dos actos anuláveis, os actos nulos não chegam sequer a produzir os efeitos jurídicos para os quais foram praticados, sendo por isso natural que qualquer órgão administrativo ou qualquer tribunal possa apreciar a nulidade de que padecem.

Ante os termos em que se acha redigido o preceito, suscitam-se algumas dúvidas, que importa clarificar: por um lado, cabe perguntar se do artigo 134.º, n.º 2, do CPA resulta uma competência genérica a todos os tribunais da ordem jurídica para declarar a nulidade de um acto administrativo, a título principal, isto é, num processo que tenha por objecto principal a apreciação da nulidade do acto, ou somente a título incidental, ou seja, num processo que tenha por objecto uma outra questão para cuja decisão se afigure necessário proceder à apreciação da nulidade do acto; por outro lado, coloca-se, ainda, a questão de saber qual a extensão dos efeitos de uma tal apreciação, isto é, se a decisão do tribunal quanto à nulidade do acto administrativo produz efeitos somente no processo em que é proferida ou também fora dele.

Quanto a nós, o n.º 2 do artigo 134.º do CPA limita-se a atribuir competência a todos os tribunais da ordem jurídica para a recusa incidental de aplicação de um acto administrativo nulo, com efeitos limitados ao processo onde a nulidade é apreciada,

[358] Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, cit., pp. 652-653.

havendo, pois, que interpretar este preceito em termos hábeis: como escrevem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, "a nulidade não é uma evidência", pelo que "[d]ar a qualquer órgão administrativo ou a qualquer tribunal a competência para declarar *erga omnes* a nulidade dum acto corresponderia, pois, a pôr a ordem jurídica administrativa em grave risco". Acompanhamos, assim, a posição dos mencionados autores quanto à interpretação do artigo 134.º, n.º 2, do CPA: "qualquer tribunal pode desaplicar o acto nulo em processo que perante ele corra, se não quiser remeter as partes para tribunal administrativo; mas só pode formar-se caso julgado (geral) sobre a sua invalidade, em recurso contencioso perante os tribunais administrativos, em processo no qual o autor do acto intervenha como «contraparte»"[359].

Dito de outro modo, o artigo 134.º, n.º 2, do CPA prevê a possibilidade de qualquer tribunal apreciar incidentalmente a nulidade de um acto administrativo, sempre que o conhecimento da nulidade do acto constitua pressuposto necessário da decisão de mérito a proferir no processo[360]. A declaração de nulidade de um acto administrativo proferida incidentalmente apenas produzirá efeitos no processo em que é proferida, não se formando, por isso, caso julgado material quanto à nulidade do acto.

Esta interpretação mais restritiva dos termos do artigo 134.º, n.º 2, do CPA foi já acolhida, por diversas vezes, pela jurisprudência dos tribunais estaduais, tendo, por exemplo, o STJ considerado que "[o] artigo 134.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo tem de ser interpretado no sentido de os Tribunais Comuns só terem competência para apreciar a nulidade do acto administrativo quando o mesmo se apresenta como questão prejudicial do litígio"[361] e o TRP que "[a] norma do nº 2 do art. 134º do CPA (Código do Procedimento Administrativo) não pode ser interpretada no sentido de dar a qualquer órgão administrativo ou a qualquer tribunal a competência para declarar *erga omnes* a nulidade de um acto administrativo, mas sim no sentido de que o legislador administrativo pretendeu estender a competência do tribunal comum quando o acto

[359] MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, cit., pp. 653-654.

[360] Como assinalam JOSÉ LUÍS ARAÚJO / JOÃO ABREU DA COSTA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Aveiro, Estante Editora, 1993, p. 633, "[o] que aqui se prevê é a hipótese de um [...] outro tribunal distinto daquele que no caso concreto tiver jurisdição própria para apreciar tal vício, poder incidentalmente reconhecer e assim declarar a nulidade do acto".

[361] Acórdão do STJ de 18 de Janeiro de 1996, proferido no processo n.º 088025.

administrativo se apresente como questão incidental, ou seja, quando caia no âmbito da previsão dos arts. 96º e 97º do CPC [de 1961]"[362].

Importa, neste ponto, referir que o projecto de revisão do CPA recentemente apresentado pelo Ministério da Justiça[363] adopta uma nova redacção para o preceito em análise, nos termos da qual "a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode, também a todo o tempo, ser conhecida por qualquer autoridade ou declarada pelo órgão administrativo competente" (artigo 160.º, n.º 2). Desta nova redacção resulta, com clareza, uma distinção entre a competência para *declarar* a nulidade de um acto administrativo e a competência para dela *conhecer*, atribuindo-se a primeira aos órgãos administrativos e a segunda aos tribunais. Ao efectuar-se a distinção, clarifica-se que o preceito não tem por finalidade atribuir a todos os tribunais da ordem jurídica competência para declarar a nulidade de actos administrativos, isto é, para conhecer da nulidade a título principal, mas tão somente habilitar tais tribunais a conhecer incidentalmente da nulidade de actos administrativos[364].

No que toca à arbitragem, forçoso será reconhecer que também aos tribunais arbitrais se aplica o preceituado no artigo 134.º, n.º 2, do CPA quanto à possibilidade de declararem incidentalmente a nulidade de um acto administrativo, pois que não só o preceito não distingue entre categorias de tribunais, como a tanto obriga uma interpretação conforme à CRP, já que, como vimos, para a lei fundamental, não há apenas tribunais do Estado, mas também tribunais arbitrais, verdadeiros e próprios órgãos jurisdicionais. Analisando a temática a propósito do problema das questões prejudiciais em arbitragem voluntária de direito privado, PAULO OTERO considera que "[o] artigo 134.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo confere uma competência genérica a qualquer tribunal para conhecer e declarar a nulidade: os tribunais arbitrais encontram-se habilitados, deste modo, a proceder à declaração da nulidade dos atos administrativos de que dependa a resolução do objeto central do litígio submetido à sua decisão, sem prejuízo de se poder discutir se uma tal competência sobre uma questão prejudicial também compreende a faculdade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações decorrentes de atos nulos, nos termos do artigo 134.º, n.º 3, do Código do Procedimento

[362] Acórdão do TRP de 4 de Junho de 2007, proferido no processo n.º 0733096.

[363] Cfr. nota 12.

[364] Note-se que este preceito não interfere, evidentemente, com a competência dos tribunais administrativos para declarar a nulidade de actos administrativos, com efeitos *erga omnes*.

Administrativo"[365].

Em suma, a nulidade dos actos administrativos poderá ser apreciada pelos tribunais arbitrais a título principal ou incidental, consoante se trate ou não de matéria autonomamente arbitrável: ou a apreciação da nulidade do acto administrativo é autonomamente arbitrável (é o caso dos actos administrativos praticados no âmbito da formação ou da execução de contratos), caso em que o tribunal arbitral, se se verificarem os demais pressupostos da respectiva competência (nomeadamente, que a questão se encontre abrangida pela convenção de arbitragem), poderá declarar nulo o acto em causa, com efeitos *erga omnes*; ou a apreciação da legalidade do acto em causa não é matéria arbitrável, caso em que só incidentalmente o tribunal arbitral poderá apreciar a nulidade do acto, decisão que produzirá efeitos somente no processo em que é proferida. Tratando-se de matéria arbitrável, mas suscitada no litígio como questão prejudicial, nada impede, como acima se referiu, que o interessado possa formular um pedido no sentido de que a nulidade seja declarada com alcance geral, desde que se verifiquem os demais pressupostos da competência do tribunal para a apreciação de um tal pedido e as regras processuais admitam a formulação do mesmo no momento em que o interessado pretende fazê-lo.

2.2. **O controlo arbitral do mérito dos actos administrativos**

2.2.1. Inadmissibilidade do controlo do mérito dos actos administrativos

Tendo já analisado os casos em que, de acordo com o regime comum da arbitragem administrativa (ressalvada, portanto, a existência de regimes especiais), é admissível deferir a tribunal arbitral o controlo da legalidade dos actos administrativos, cumpre, agora, averiguar em que medida poderão os tribunais arbitrais proceder ao controlo do mérito dos actos administrativos.

Por controlo do mérito dos actos administrativos, já o referimos, entendemos a aferição da conveniência ou oportunidade de tais decisões administrativas, isto é, a revisão dos aspectos da actuação administrativa que traduzem o exercício da autonomia pública. Trata-se, no fundo, de sindicar o que resta da decisão administrativa após confronto da

[365] PAULO OTERO, *Arbitragem interna de litígios de Direito público: a publicização da arbitragem interna de Direito privado*, cit., p. 192.

mesma com todas as vinculações que para a Administração emergem da sua adstrição à juridicidade[366].

Conforme concluímos anteriormente, a CRP estabelece uma reserva a favor dos órgãos administrativos perante os órgãos incumbidos prevalentemente da função jurisdicional, que constitui não apenas um corolário do princípio da separação e interdependência dos poderes, mas também uma decorrência do modelo constitucional de legitimação dos poderes. Essa reserva corresponde à margem de livre decisão administrativa, também designada por autonomia pública administrativa, e é delimitada a partir da juridicidade que vincula os órgãos administrativos, na qual encontra a sua configuração, o seu fundamento e, também, o seu limite, constituindo o núcleo essencial da função administrativa, de que a Administração não pode ser privada por acção dos tribunais, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.

Na medida em que o controlo do mérito dos actos administrativos constitui, precisamente, um juízo sobre a oportunidade ou a conveniência dos aspectos da decisão administrativa que traduzem o exercício da aludida autonomia pública, a sua admissibilidade implicaria uma intromissão intolerável dos órgãos jurisdicionais no núcleo essencial da função administrativa, mediante "a substituição de uma subjectividade por outra"[367]: os tribunais metamorfosear-se-iam em verdadeiros órgãos administrativos, com plenos poderes de revisão das decisões administrativas, afectando irremediavelmente o equilíbrio dos poderes de soberania constitucionalmente moldado.

O que se deixa escrito, tal como se concluiu anteriormente, tanto vale para os tribunais estaduais, como para os tribunais arbitrais, já que estes, a par daqueles, estão constitucionalmente incumbidos do exercício da função jurisdicional: uma vez que

[366] Poderia pensar-se que a temática do controlo do mérito da actuação administrativa não respeita à arbitrabilidade dos litígios jurídico-administrativos, pois que constituiria questão meramente atinente ao critério de decisão do litígio e não às questões susceptíveis de ser submetidas a arbitragem. Pensamos que não é assim: na medida em que a Constituição estabelece uma reserva de administração a favor dos órgãos administrativos, do que se trata é de isentar do controlo jurisdicional uma zona da actuação administrativa correspondente ao exercício da autonomia pública, embora a determinação de uma tal zona não prescinda do prévio confronto de toda a decisão administrativa com as vinculações que para a Administração emergem da sua adstrição à juridicidade. Como assinala PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, cit., pp. 196, "a autonomia pública constitui uma «reserva de decisão» do poder administrativo, conferida pela lei e isenta de controlo jurisdicional". Por outras palavras, a exclusão do controlo do mérito da actuação administrativa implica que o tribunal não possa interferir com a zona da actuação administrativa que traduz o exercício da margem de livre decisão. Há, por essa razão, *questões* que não são arbitráveis, porque materialmente respeitantes a uma parte da decisão administrativa que, por integrar o núcleo da função administrativa, escapa ao controlo jurisdicional.

[367] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares,* cit., p. 73.

desempenham, prevalentemente, esta função, não podem deixar de valer para os tribunais arbitrais as limitações que impendem sobre a generalidade dos tribunais, enquanto órgãos jurisdicionais, quanto ao controlo da actuação dos órgãos que desempenham a função administrativa, conclusão que em nada é alterada pela natureza privada da arbitragem ou pelo seu carácter voluntário, tal como também se concluiu.

Ao limitar o controlo jurisdicional da actuação administrativa à verificação do cumprimento, pela Administração, das normas e princípios jurídicos que a vinculam, a CRP impede o controlo de uma tal actuação com base em juízos de conveniência ou oportunidade: as escolhas que neste domínio tiverem sido feitas pela Administração deverão, pois, prevalecer na ordem jurídica. Deve, por isso, entender-se que são inarbitráveis as questões de mérito dos actos administrativos, pois quanto a estas a última palavra há-de ser, por imposição constitucional, da Administração, estando-lhe, inclusivamente, vedada a renúncia a uma tal prerrogativa. As normas que estabelecem o recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa, designadamente no concernente às *questões* a que se referem as diversas alíneas do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA, não podem ser interpretadas como permitindo a arbitrabilidade de questões de mérito dos actos administrativos.

Também por esta razão, o artigo 1.º, n.º 4, da LAV tem de sofrer adaptações quando aplicado no domínio da arbitragem administrativa: procurando estender o conceito de litígio, para o efeito de permitir a sua arbitrabilidade, a questões que não tenham "natureza contenciosa em sentido estrito"[368], este preceito habilitaria à submissão a arbitragem de questões atinentes ao mérito da actuação administrativa[369]. Parece, com efeito, que o preceito tem em vista a possibilidade de cometer aos árbitros a solução de questões que não impliquem a resolução de uma questão controvertida de direito, mas, por exemplo, a substituição das partes no exercício da sua autonomia, para o efeito da prática ou modificação de um acto jurídico, como inculca a referência exemplificativa da segunda parte da norma a questões "relacionadas com a necessidade de precisar, completar e adaptar contratos de prestações duradouras a novas circunstâncias".

No tocante aos actos administrativos, resulta de quanto anteriormente se escreveu

[368] A expressão é enigmática. Como assinala, RAÚL VENTURA, *Convenção de Arbitragem*, cit., p. 335, "[d]uvidamos da curialidade de uma «natureza contenciosa em sentido estrito». A não ser que «contencioso» signifique a simples eventual sujeição, para qualquer efeito, a um tribunal, estadual ou não, não vemos lugar para a «natureza contenciosa em sentido amplo»".

[369] Cfr. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., pp. 247-249.

que os tribunais arbitrais apenas poderão exercer um controlo de legalidade sobre tais actos, porque a tanto obriga, em primeira linha, a salvaguarda do princípio da separação e interdependência dos poderes, que nem por vontade da Administração pode deixar de ser observado nas suas relações com outros órgãos não integrados no poder administrativo[370]. Por outras palavras, a salvaguarda do princípio da separação e interdependência dos poderes, tal como actualmente interpretado, impede que aos árbitros seja cometida a apreciação de questões de mérito dos actos administrativos, pois que na apreciação de tais questões teria o tribunal arbitral de se substituir à Administração no exercício da autonomia pública (o que tanto sucederia caso os árbitros fossem os primeiros a exercê-la no caso concreto, como se se tratasse de uma revisão dos termos em que fora previamente exercida pela Administração)[371]. Pode, por isso, concluir-se pela inaplicabilidade, no domínio da arbitragem de questões emergentes de actos administrativos, do artigo 1.º, n.º 4, da LAV, na parte em que admite a arbitrabilidade de outras questões que não se reconduzam à apreciação da legalidade da actuação administrativa.

A este argumento constitucional junta-se, também, um outro fundado em norma infraconstitucional que, aludindo expressamente ao princípio da separação e interdependência dos poderes, fixa o âmbito dos poderes dos órgãos jurisdicionais no tocante ao controlo da actuação administrativa: segundo o disposto no artigo 3.º, n.º 1, do CPTA, "[n]o respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação". Precisando o sentido e o alcance deste preceito, importa referir que dele se extrai que são conferidos "aos tribunais administrativos todos os poderes que são próprios e naturais do exercício da função judicial, fazendo com que estes tribunais passem também a ser, como todos os outros, tribunais dotados de poderes de plena jurisdição. Mas, tal

[370] Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Arbitragem «necessária», «obrigatória», «forçada»: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 258: "[p]ode a arbitragem abranger o exercício de poderes discricionários da Administração? Em nosso entender, não. A discricionariedade é indisponível para a Administração. Já os tribunais do Estado não podem substituir-se à Administração no exercício desses poderes. Pelas mesmas razões, também os tribunais arbitrais não o podem fazer. Doutra forma, seriam infringidos os princípios da legalidade e da separação de poderes. Isto, obviamente, não impede o tribunal arbitral de julgar litígios em que estejam em discussão poderes discricionários desde que ele não se substitua à Administração na titularidade e no exercício desses poderes".

[371] Pronunciando-se no sentido da inadmissibilidade da transposição do conceito de litígio previsto no n.º 3 do artigo 1.º da LAV de 1986, cujos termos são reproduzidos pelo n.º 4 do artigo 1.º da actual LAV, para o domínio da arbitragem referente aos contratos administrativos, cfr. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., pp. 247-249.

como todos os outros, também os tribunais administrativos existem para aplicar a lei e o Direito, pelo que os seus poderes terminam onde termina o campo da aplicação da lei e do Direito. Isto significa que os tribunais administrativos não se podem substituir aos particulares na formulação de valorações que pertencem à respectiva autonomia privada, como também não se podem substituir às entidades públicas na formulação de valorações que, por já não terem carácter jurídico, mas envolverem a realização de juízos sobre a conveniência e oportunidade da sua actuação, se inscrevem no âmbito próprio da discricionariedade administrativa"[372].

Segundo cremos, deve entender-se que este preceito do CPTA, que concretiza o princípio da separação e interdependência dos poderes no tocante ao controlo jurisdicional da actuação administrativa, é directamente aplicável no domínio da arbitragem administrativa[373]. À semelhança do que já se referiu para o princípio da devolução facultativa ou suficiência discricionária, a arbitragem administrativa está sujeita aos princípios gerais do contencioso administrativo, o que resulta, antes de mais, da natureza da especial função de que se acham investidos os tribunais arbitrais constituídos para o julgamento de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas – o controlo jurisdicional da actuação administrativa –, mas também, e sobretudo, da opção do legislador ordinário de regular a arbitragem administrativa no CPTA, fornecendo ao intérprete um argumento de ordem sistemática no sentido de que os princípios gerais do contencioso administrativo valem para todos os tribunais que realizam o controlo jurisdicional da actuação administrativa, públicos e privados, estaduais ou arbitrais.

As normas que regulam especialmente a arbitragem administrativa não podem, pois, deixar de ser interpretadas à luz dos princípios gerais que regem o contencioso administrativo, os quais, neste domínio, impõem aos árbitros o respeito pelos espaços de valoração própria da Administração, o que, de resto, conforme concluímos, já decorria de imposição constitucional.

---

[372] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 36.

[373] Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Arbitragem de Direito Administrativo – Algumas Considerações*, cit., p. 21, considerando que "qualquer arbitragem relativa ao exercício de poderes de autoridade da Administração não pode deixar de ter por objecto a fiscalização da legalidade do exercício desses poderes: na verdade, os árbitros são chamados a dirimir litígios aplicando regras e princípios jurídicos e, portanto, no domínio do exercício dos poderes de autoridade da Administração, mais não lhes competirá, fazendo as vezes do tribunal do Estado, do que «julgar do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação» (artigo 3.º do CPTA)".

2.2.2. Em particular: a inconstitucionalidade do artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA

Conforme verificámos anteriormente, ao referir-se a "actos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade", o artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA compreende os actos administrativos válidos e os actos administrativos anuláveis cuja invalidade se haja consolidado na ordem jurídica, em termos de já não poder ser jurisdicionalmente apreciada. Assim é, uma vez que, segundo o disposto nos artigos 140.º e 141.º do CPA, apenas tais actos poderão ser revogados pela Administração com outro fundamento que não a sua invalidade. Posto que os actos administrativos a que o preceito se refere são, efectivamente, actos válidos ou cuja invalidade já não possa ser jurisdicionalmente sindicada, forçoso será considerar que a previsão normativa do artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA não compreende quaisquer questões de legalidade. Efectivamente, não faz sentido sindicar a validade de um acto válido, nem pode, logicamente, sindicar-se jurisdicionalmente a validade de um acto cuja invalidade já não possa ser jurisdicionalmente apreciada.

Se isto é assim, parece dever questionar-se se o preceito tem em vista a admissibilidade da apreciação arbitral do mérito dos actos administrativos compreendidos na respectiva previsão normativa. Por outras palavras, se o recorte de arbitrabilidade delimitado pelo artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA não abrange o controlo da legalidade de actos administrativos, apenas restará considerar a hipótese de o legislador ter pretendido introduzir no nosso ordenamento jurídico, pela via arbitral, a apreciação jurisdicional dos vícios de mérito de certos actos administrativos, o que permitiria conferir ao preceito um sentido útil.

Com efeito, poderia pensar-se que o legislador não só teria introduzido no nosso ordenamento jurídico, em termos inovatórios, a apreciação do mérito de certos actos administrativos por entidades externas à Administração, incumbidas do desempenho da função jurisdicional, como também teria escolhido o domínio da arbitragem para empreender essa inovação, domínio este que, por exigir o acordo das partes quanto à sua

utilização para a resolução de litígios, exprime, ainda, uma ideia de consenso[374].

Por nossa parte, embora admitindo que a intenção dos legislador pudesse ser a de, efectivamente, introduzir no nosso ordenamento jurídico a possibilidade de deferir a tribunal arbitral o controlo de vícios de mérito de certos actos administrativos, não nos parece que uma tal interpretação do artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA seja compatível com a Constituição.

Valem aqui, propriamente, os argumentos aduzidos quanto à inadmissibilidade geral da apreciação do mérito dos actos administrativos pelos órgãos prevalentemente incumbidos do exercício da função jurisdicional, sob pena de violação do princípio constitucional da separação e interdependência dos poderes, bem como de descaracterização do modelo constitucional de legitimação dos poderes. Uma interpretação do artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA no sentido de que permite a possibilidade de ser submetida a arbitragem a apreciação do mérito das decisões administrativas contende, pois, com a limitação constitucionalmente imposta a todos os tribunais, públicos e privados, porque estabelecida em função da natureza jurisdicional dos poderes que exercem, de não invadirem a esfera própria de livre decisão administrativa, núcleo essencial da função administrativa, quando hajam de apreciar a actuação administrativa.

Ao controlar o mérito das decisões administrativas, o tribunal arbitral estaria a substituir-se à Administração do desempenho na função administrativa, combinando, em simultâneo, o exercício das funções administrativa e jurisdicional, o que se afigura violador do princípio da separação e interdependência dos poderes, consagrado nos artigos 2.º e 111.º da CRP. Acresce que, atento o lugar cimeiro que este princípio fundamental ocupa na ordem jurídica portuguesa, desempenhando uma função de garantia do nosso modelo constitucional de distribuição e legitimação dos poderes de soberania, não cremos que possa sequer invocar-se que, ao deferir o litígio a tribunal arbitral, a Administração

[374] Assim, por exemplo, para PAULO OTERO, *Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Actos Administrativos*, cit., pp. 88-89, "o artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo nos Tribunais Administrativos abre agora a possibilidade de os tribunais arbitrais conhecerem da inoportunidade ou da inconveniência da revogação de tais actos administrativos", razão pela qual se poderá concluir que "o ordenamento jurídico veio introduzir a figura dos vícios de mérito no Direito Administrativo português, atribuindo à competência dos tribunais arbitrais o conhecimento de tais situações perante actos administrativos revogáveis com fundamento em inconveniência e inoportunidade". No sentido de que o artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA permite a apreciação do mérito de actos administrativos, cfr. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *A Submissão à Arbitragem dos Actos Procedimentais de Formação dos Contratos Públicos*, cit., pp. 153-154.

estaria, por sua própria vontade, a renunciar legitimamente à última palavra no atinente ao mérito da decisão sobre que incide o litígio. Ao permitir que a última palavra no tocante ao mérito da decisão não pertencesse à Administração, uma tal renúncia sempre importaria uma descaracterização do modelo constitucional da separação de poderes, em violação da proibição estabelecida pelo artigo 111.º, n.º 2, da CRP, pelo que não se afigura possível.

Em face do exposto, conclui-se que o artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA não deve ser interpretado no sentido de possibilitar o controlo arbitral do mérito dos actos administrativos a que o preceito se refere[375]. Assim, considerando que o preceito não possibilita o controlo arbitral de questões de legalidade dos actos administrativos, e não podendo ser interpretado como permitindo a submissão a arbitragem de questões de mérito dos actos administrativos, confessamos sérias dificuldades em extrair desta norma um sentido que se afigure compatível com as normas constitucionais que asseguram a separação e interdependência dos poderes. Esta constatação conduz, inelutavelmente, à conclusão de que a norma em apreço, tal como se encontra redigida, de pouco valerá, porque ferida de inconstitucionalidade material[376].

3. A alternatividade da via arbitral como restrição à arbitrabilidade de litígios envolvendo a apreciação da legalidade de actos administrativos

Da análise que antecede pode concluir-se, por um lado, que apenas poderão ser submetidos a arbitragem litígios incidentes sobre questões de legalidade de actos administrativos e não já questões atinentes ao mérito de tais actos e, por outro lado, que

[375] Neste sentido, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal*, cit., p. 22, para quem a previsão do artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA "não deve ser interpretada no sentido de possibilitar a constituição de tribunais arbitrais aptos a formular juízos de mérito, em substituição da Administração, quanto aos termos do exercício dos poderes discricionários desta quanto aos atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva". Todavia, embora considere que "os árbitros apenas podem ser chamados a dirimir litígios aplicando regras e princípios jurídicos e, portanto, que, nesse domínio, mais não lhes compete, fazendo as vezes do tribunal do Estado, do que «julgar do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação» (artigo 3.º do CPTA)", o autor citado parece admitir a hipótese inversa no caso de "inequívoca determinação legal em sentido contrário".

[376] Cfr., no sentido da inconstitucionalidade apontada no texto, ANA PALHARES, "Arbitragem e Renúncia dos Entes Públicos ao Acesso aos Tribunais do Estado", *in* ISABEL CELESTE DA FONSECA (Org.), *A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*, cit., p. 46, embora não seja clara qual a posição da autora relativamente à natureza da actividade desempenhada pelos tribunais arbitrais, já que parece contestar a natureza jurisdicional da arbitragem; e CLÁUDIA MELO FIGUEIRAS, *Arbitragem em Matéria Tributária: à semelhança do modelo Administrativo?*, 2011, p. 94, disponível em http://repositorium.sdum.uminho.pt (consultado em 5.10.2013).

apenas poderá ser deferido a tribunal arbitral o controlo da legalidade de certos tipos de actos administrativos, os actos administrativos contratuais e os actos administrativos pré-contratuais. Todavia, nem todos os actos administrativos contratuais e pré-contratuais poderão constituir objecto de um processo arbitral de tipo impugnatório. O âmbito da arbitragem de litígios que tenham por objecto a impugnação de actos administrativos não ficaria, bem assim, rigorosamente determinado, se não fossem, ainda, evidenciadas algumas restrições adicionais à arbitrabilidade destes litígios.

A circunstância de o artigo 180.º, n.º 1, alínea a), do CPTA admitir o controlo, pela via arbitral, da validade de actos administrativos respeitantes à execução ou à formação de contratos, sem cuidar de estabelecer outros contornos de que tais actos se deverão revestir para que possam constituir objecto de um processo arbitral relativo à apreciação da respectiva validade, poderia levar a pensar-se que qualquer acto administrativo contratual ou pré-contratual poderia constituir objecto de um tal processo. Com efeito, a circunstância não existir no Título IX do CPTA qualquer norma que estabeleça as características que os actos administrativos contratuais e pré-contratuais deverão possuir ou as condições em que tais actos se deverão encontrar para que possam constituir objecto de um processo arbitral de tipo impugnatório, à semelhança do que sucede, por exemplo, com os artigos 51.º a 54.º do CPTA, para a acção administrativa especial de impugnação de actos administrativos, poderia conduzir o intérprete à conclusão de que a impugnação de actos administrativos seria admitida com maior alcance na jurisdição arbitral do que na jurisdição estadual. Não cremos, todavia, que assim seja.

A arbitragem regulada nos artigos 180.º e seguintes do CPTA constitui um modo de resolução de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas que se caracteriza, antes de mais, pela sua voluntariedade: a arbitragem de que se ocupa o Título IX do CPTA assenta na submissão de um litígio a tribunal arbitral por acordo das partes. É o que decorre, com clareza, em primeiro lugar, do artigo 180.º, n.º 1, do CPTA, cujos termos sugerem que a arbitragem de que trata o CPTA constitui uma via possível (e não necessária) para a resolução de certos litígios ("pode ser constituído tribunal arbitral").

Em segundo lugar, deve entender-se que o carácter voluntário da arbitragem regulada no CPTA decorre, ainda, da directa aplicabilidade do n.º 5 do artigo 1.º da LAV a um tal sistema de arbitragem administrativa. Nos termos do artigo 1.º, n.º 5, da LAV caberá a lei especial a determinação dos casos em que a Administração *se encontrará*

autorizada a celebrar convenções de arbitragem: esta norma versa, indubitavelmente, sobre a possibilidade de arbitragem voluntária no domínio das relações jurídicas administrativas, remetendo para lei especial a fixação dos termos e do alcance da possibilidade de celebração de convenções de arbitragem para a resolução de litígios em tal domínio (não há, evidentemente, convenções de arbitragem na arbitragem necessária). Concluindo-se, como já concluímos, que o artigo 180.º, n.º 1, do CPTA constitui, precisamente, a lei especial a que se refere o artigo 1.º, n.º 5, da LAV, forçoso será concluir, também, que o sistema instituído a partir do recorte de arbitrabilidade fixado por este preceito respeita à concretização, no domínio jus-administrativo, de um sistema de arbitragem voluntária, assente na vontade das partes manifestada por meio de convenção de arbitragem.

Em terceiro lugar, e também de modo decisivo, deve, ainda, referir-se, no apontado sentido do carácter voluntário da arbitragem regulada no CPTA, a exigência de aceitação da convenção de arbitragem por parte dos contra-interessados, caso existam, para que o litígio possa ser apreciado por árbitros, conforme resulta do disposto no artigo 180.º, n.º 2, do CPTA[377].

Fala-se, por vezes, de "arbitragem forçada", para designar a arbitragem que resulta do exercício, pelos particulares, do direito à celebração de compromisso arbitral previsto no artigo 182.º CPTA[378]. Deve, no entanto, assinalar-se que o eventual carácter *forçado* da arbitragem promovida nos termos do disposto neste artigo só o será, verdadeiramente, para a Administração e não para o particular, pois que "o artigo 182.º «força» o acordo da parte pública, ao constrangê-la a aceitar a arbitragem sempre que a parte privada a ela pretender"[379], ficando, portanto, em qualquer caso, o recurso à arbitragem dependente da vontade do particular, que sempre terá de optar entre o recurso aos tribunais estaduais ou à arbitragem.

Com efeito, o carácter convencional da arbitragem prevista no CPTA determina que a mesma constitui um modo de resolução de litígios à disposição dos administrados, em

[377] Cfr., entre outros, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 1152; JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., p. 544; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., pp. 343-344.

[378] Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 1154; e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., pp. 344-345.

[379] JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., p. 544, nota 304.

alternativa ao recurso aos tribunais estaduais. Diferentemente, na arbitragem necessária, como vimos, a lei impõe aos particulares o recurso à arbitragem como único meio possível para resolução de certo litígio. Constitui, bem assim, característica fundamental da arbitragem voluntária a sua alternatividade face aos meios da justiça estadual, daí decorrendo importantes consequências em matéria de arbitrabilidade.

A principal decorrência da configuração da arbitragem administrativa como via em alternativa aos meios estaduais para resolução, com carácter jurisdicional, de litígios é a limitação do âmbito de arbitrabilidade ao conjunto de questões que possam ser objecto de apreciação por tribunais do Estado: a arbitragem de certo litígio só é voluntária na medida em que existir meio alternativo, na justiça estadual, para a resolução do mesmo. Não pode falar-se de arbitragem voluntária, se esse for o único meio possível para a resolução jurisdicional de certo litígio: aí estar-se-á já perante verdadeira e própria arbitragem necessária, pois que decorre da lei um único meio para a resolução desse litígio. O que vale por dizer que o recorte máximo de litígios susceptíveis de ser cometidos a arbitragem coincide com o recorte de litígios susceptíveis de ser resolvidos pelos tribunais estaduais. Faz sentido falar-se da permissão de resolução por arbitragem voluntária de um litígio que poderia ser submetido a um tribunal estadual, mas não de um litígio que não pudesse ser resolvido por um tribunal estadual, sob pena de aí se tratar de arbitragem necessária e não já de uma via em alternativa aos meios estaduais para a resolução de litígios.

Por esta razão, tratando-se a arbitragem regulada pelo CPTA de um meio voluntário de resolução de litígios, deve entender-se que são aplicáveis, neste domínio, as disposições do CPTA que limitam a impugnabilidade dos actos administrativos junto dos tribunais estaduais administrativos. Concretamente, os pressupostos processuais para a acção de impugnação de actos administrativos que se encontram estabelecidos em razão do objecto

(mediato[380]) do litígio desempenham, na arbitragem administrativa voluntária, a função de restrições à arbitrabilidade de litígios que tenham por objecto o controlo da legalidade de actos administrativos, precisamente porque condicionam o objecto possível do processo impugnatório, assim se assegurando que não é possível submeter a arbitragem um litígio deste tipo que, em abstracto, não fosse possível submeter aos tribunais estaduais.

Estamos a pensar naqueles pressupostos que se ligam intrinsecamente ao acto administrativo que se pretende impugnar e não àqueles que respeitam à posição relativa das partes face a um tal acto administrativo, situações estas que relevarão no domínio da legitimidade e do interesse processual, mas que não dependem das características do próprio acto objectivamente considerado ou das condições em que este se encontra. Têm, assim, aplicação no processo arbitral os pressupostos processuais que, de entre os que se encontram previstos na Secção I do Capítulo II do Título III do CPTA, para a generalidade dos processos impugnatórios, e na Secção II do Capítulo I do Título IV do mesmo diploma, para a impugnação dos actos administrativos relativos à formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, respeitam ao objecto do processo: as características objectivas que o acto deve possuir para que possa ser impugnado e a condição de se não ter ainda formado, quanto a ele, caso resolvido, por meio das quais, conjuntamente, se "procede à delimitação do círculo dos actos administrativos susceptíveis de impugnação judicial"[381], somente estes

[380] Como ensina VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa - Lições*, cit., pp. 254-255, "[t]radicionalmente, alude-se ao objecto do processo administrativo no que respeita aos meios impugnatórios, não no sentido do objecto imediato, como instância ou conteúdo da causa (definido pelo pedido e pela causa de pedir, que individualizam a pretensão deduzida em juízo), mas para designar o acto ou norma impugnados enquanto *objecto mediato* da decisão – isto é, o ente cuja validade se discute e que irá sofrer os efeitos da sentença anulatória ou declarativa da ilegalidade. Tal compreendia-se perfeitamente quando o recurso de anulação era definido como «processo feito a um acto», mas não deixa de ter sentido mesmo quando se passa a entender as acções impugnatórias na perspectiva de uma controvérsia sobre uma relação jurídica (substancial), visando determinar a validade da pretensão administrativa de produção de certos efeitos por determinada forma, em função da lei e das posições jurídicas subjectivas por ela reconhecidas ao autor". Também neste sentido, ensina JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., p. 448, que "[o] objecto da impugnação é sempre um acto administrativo. [...] Mas o objecto da impugnação contenciosa não é um qualquer acto administrativo: somente aquele que possua determinadas características e que se encontre em certas condições". Daí que o objecto possível dos processos impugnatórios seja abstractamente recortado a partir de tais características e condições, que funcionam, por isso, como restrições à susceptibilidade de um litígio de tipo impugnatório que tenha por objecto um acto administrativo ser submetido a arbitragem.

[381] JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., p. 450.

podendo ser integrados no âmbito da arbitragem[382].

Em suma, a arbitrabilidade do controlo da legalidade de actos administrativos ficará condicionada pela *impugnabilidade* de tais actos junto dos tribunais estaduais (neste domínio, pode bem afirmar-se que não é arbitrável o litígio que tenha por objecto um acto administrativo que não seja impugnável), na dupla e ampla acepção das características que o acto deve possuir para que possa ser impugnado e da condição de que a sua invalidade não se tenha, ainda, consolidado na ordem jurídica[383], como decorrência da alternatividade da via arbitral face aos meios da jurisdição estadual.

4. As limitações impostas pela multilateralidade de certas relações jurídicas administrativas: a existência de contra-interessados como restrição à arbitrabilidade?

O n.º 2 do artigo 180.º do CPTA condiciona a possibilidade de certo litígio ser resolvido por arbitragem, caso existam contra-interessados, à aceitação, por estes, do compromisso arbitral. O problema coloca-se com particular acuidade no atinente ao controlo da validade de actos administrativos, sendo este, em boa verdade, um domínio onde, não raras vezes, é possível identificar uma multiplicidade de sujeitos titulares de interesses contrapostos entre si, cujos direitos ou interesses legalmente protegidos poderão ser afectados pela procedência da pretensão impugnatória.

O Título IX do CPTA não esclarece o que deve entender-se por *contra-interessado* no domínio da arbitragem: deve, a este respeito, atender-se à noção de contra-interessado

[382] Não cabe no âmbito do presente estudo a análise detalhada de cada um dos pressupostos, os quais deverão, nesta sede, ser interpretados tal qual vem sucedendo no domínio do processo impugnatório nos tribunais estaduais. Cfr., sobre tais pressupostos, por exemplo, VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa - Lições*, cit., pp. 181-189 e 195-197; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, cit., pp. 267-316; e JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., pp. 448-452 e 458-460.

[383] Se já tiver decorrido o prazo para a impugnação de um acto administrativo anulável sem que o mesmo tenha sido impugnado, o acto em causa torna-se incontestável, consolidando-se na ordem jurídica. Assim, quando esteja em causa a anulabilidade do acto, a tempestividade da impugnação pode ser encarada de duas perspectivas: uma puramente processual, segundo a qual não pode o tribunal proceder à decisão do mérito da causa, se verificar que a acção foi proposta após decurso do prazo para impugnação do acto, e outra, de cariz material, segundo a qual o decurso do prazo de impugnação gera o efeito de caso resolvido, consolidando na ordem jurídica a invalidade de que o acto padece, em termos de este não mais poder ser jurisdicionalmente anulado, nem revogado com fundamento em invalidade. A tempestividade da impugnação, precisamente porque "[limita] no tempo a impugnabilidade judicial de actos administrativos" (JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, cit., p. 458), condiciona, nos termos expostos no texto, a arbitrabilidade do litígio.

relevante no domínio dos meios processuais impugnatórios da jurisdição estadual, já que a tanto aconselha a inserção sistemática do preceito no CPTA[384]. Afiguram-se relevantes, neste particular, as normas contidas no n.º 1 do artigo 10.º e no artigo 57.º do CPTA: contra-interessados são, antes de mais, "todos aqueles que tenham interesse em contradizer, ainda que não sejam titulares da relação material controvertida"[385], o que corresponderá, no processo impugnatório, a todos aqueles a quem o provimento da impugnação possa directamente prejudicar ou que tenham legítimo interesse na manutenção do acto impugnado e que possam ser identificados em função da relação material em causa ou dos documentos contidos no processo administrativo.

Tratando o presente estudo da admissibilidade e limites do controlo arbitral de actos administrativos, cumpre averiguar se o disposto no n.º 2 do artigo 180.º do CPTA constitui uma restrição à arbitrabilidade dos litígios que incidam sobre o controlo da legalidade de actos administrativos.

A participação dos contra-interessados nos processos impugnatórios de actos administrativos deve, nos termos dos artigos 10.º, n.º 1, e 57.º do CPTA, ser promovida pelo demandante, que deverá propor a acção directamente contra todos os contra-interessados que *possam ser identificados em função da relação material em causa ou dos documentos contidos no processo administrativo*. Com uma tal exigência pretende o legislador permitir não só a apreciação global da relação jurídica material sob o prisma dos diversos interesses que reclamam consideração, desse modo assegurando a devida tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos de todos os sujeitos susceptíveis de ser afectados pela procedência da pretensão impugnatória, mas também garantir o máximo

[384] Neste sentido, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Tópicos Sobre o Problema do Âmbito Subjectivo da Arbitragem sobre Relações Jurídicas Multilaterais ou Poligonais de Direito Administrativo,* cit., pp. 210; e JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, cit., p. 267.

[385] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 83.

alcance subjectivo do caso julgado da decisão a proferir[386].

Como explica PAULO OTERO, a tutela dispensada aos contra-interessados "traduz, por um lado, uma função essencialmente subjectiva, enquanto instrumento de garantia do direito de acesso à justiça e do direito a uma tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados de âmbito material, ambos conjugados com a garantia dos princípios adjectivos do contraditório e da igualdade das partes" e "[e]nvolve, por outro lado, preocupações de natureza objectiva, todas elas relacionadas com valores essenciais da ordem jurídica, tal como sucede com a máxima amplitude da eficácia subjectiva ou efeito útil da decisão judicial [...], a unidade do sistema jurídico e um exercício mais racional e eficiente da função jurisdicional dos tribunais"[387]. Por estes motivos, o legislador introduziu uma regra de legitimidade passiva, também aplicável no domínio dos processos impugnatórios de actos administrativos, reconhecendo "aos contra-interessados o estatuto de verdadeiras partes demandadas, em situação de *litisconsórcio necessário passivo* — e, importa sublinhá-lo, *unitário* — com a entidade pública, com todas as consequências que daí advêm"[388].

A arbitragem administrativa regulada no CPTA é, como se sabe, um modo de resolução de litígios a que as partes poderão recorrer em alternativa aos meios da jurisdição estadual, razão pela qual a submissão de um litígio a arbitragem depende da vontade das partes, manifestada pela subscrição de uma convenção de arbitragem. Sem prejuízo dos casos limitados em que se admite a extensão dos seus efeitos a terceiros, a natureza contratual da convenção de arbitragem impõe que, por regra, os seus efeitos apenas se produzam entre as partes que a subscrevem.

---

[386] FRANCISCO PAES MARQUES, *A Efectividade da Tutela de Terceiros no Contencioso Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 125, sublinha que o problema do alcance subjectivo do caso julgado está "directamente relacionado com a noção que se tem do objecto e da função do recurso contencioso. Deste modo, nos sistemas de tipo objectivista entende-se que todos os administrados ficam submetidos a uma disposição anulada, não mais a podendo invocar. A anulação irá, assim, ter repercussões mesmo em relação a sujeitos que não participaram no processo. [...] Ao invés nos sistemas de cariz subjectivista, como é o caso da Alemanha, defende-se que a não intervenção de um terceiro que obrigatoriamente devia ser parte – em virtude dos seus direitos estarem intimamente ligados ao objecto do litígio – não poderá, de forma alguma, vinculá-lo, uma vez que a sua inclusão no caso julgado era um pressuposto essencial da uniformidade da sentença". Para este autor, "a obrigatoriedade dos contra-interessados terem de formar um litisconsórcio necessário passivo com a Administração não tem como objectivo assegurar a eficácia da sentença, apenas tendo por finalidade que estes fiquem vinculados ao caso julgado, sem que possam, indefinidamente, pôr em causa o conteúdo da sentença".

[387] PAULO OTERO, "Os contra-interessados em contencioso administrativo: fundamento, função e determinação do universo em recurso contencioso de acto final de procedimento concursal", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 1075.

[388] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, cit., p. 262.

Como assinala MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, do princípio da *eficácia relativa das convenções de arbitragem* decorre que "(i) ninguém pode ser obrigado a submeter-se a arbitragem contra a sua vontade, pois ninguém pode ser privado contra vontade do juiz estadual natural, nem pode prevalecer-se de convenção arbitral da qual não seja parte sem a concordância das partes na convenção, porque só se tem de arbitrar com quem se quer; (ii) terceiros em relação a uma convenção arbitral só ficam submetidos à jurisdição arbitral mediante adesão voluntária à convenção e só podem submeter litígios à jurisdição arbitral mediante manifestação de vontade nesse sentido das partes na convenção arbitral; (iii) quando exista litisconsórcio necessário, a preterição de quem deva subscrever ou aderir à convenção inviabiliza a arbitragem e, em última análise, limita o alcance subjectivo do caso julgado da eventual decisão que seja proferida em sede arbitral, que não é oponível aos terceiros que não tenham aderido à convenção arbitral"[389].

Ora, para o que releva no contexto dos processos impugnatórios de actos administrativos, do princípio da eficácia relativa das convenções de arbitragem resulta, pois, que "o contra-interessado não está sujeito a eventual convenção de arbitragem que seja estipulada entre impugnante e entidade demandada, com ou sem participação de outros contra-interessados, pelo que a existência de tal convenção não põe em causa o seu direito a ser demandado perante os tribunais estaduais"[390]. É justamente por esta razão que o recurso à arbitragem para a impugnação de actos administrativos depende da aceitação, por parte dos contra-interessados, da convenção de arbitragem, a qual valerá, assim, como renúncia, por parte de cada contra-interessado, a um tal direito a ser demandado perante os tribunais estaduais.

O direito do contra-interessado a ser demandado perante os tribunais estaduais, com o estatuto de verdadeira parte no processo, conforma, como assinalámos, uma situação de litisconsórcio necessário passivo com a entidade autora do acto impugnado. Ao exigir a subscrição da convenção de arbitragem por parte dos contra-interessados, o legislador limita-se a reafirmar o carácter voluntário da arbitragem também para os contra-interessados, estabelecendo que a legitimidade passiva para a acção apenas estará assegurada pela adesão voluntária dos contra-interessados à convenção de arbitragem.

[389] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Tópicos Sobre o Problema do Âmbito Subjectivo da Arbitragem sobre Relações Jurídicas Multilaterais ou Poligonais de Direito Administrativo,* cit., pp. 214-215.

[390] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Tópicos Sobre o Problema do Âmbito Subjectivo da Arbitragem sobre Relações Jurídicas Multilaterais ou Poligonais de Direito Administrativo*, cit., pp. 218.

Constituindo a preterição de litisconsórcio necessário passivo a falta de um pressuposto processual, que impede a apreciação do mérito da causa, pode concluir-se que o litígio somente poderá ser resolvido por arbitragem se os contra-interessados aceitarem a jurisdição do tribunal arbitral. Daí que o n.º 2 do artigo 180.º esclareça que, nos casos em que existam contra-interessados, a possibilidade da via arbitral ficará dependente de todos os contra-interessados aceitarem a convenção de arbitragem, pois somente essa aceitação permitirá assegurar a legitimidade passiva para a acção arbitral.

Como se vê já em termos mais claros, o artigo 180.º, n.º 2, do CPTA não trata de um problema de arbitrabilidade, mas de legitimidade, o que vale por dizer que do que ali se trata não é de estabelecer uma restrição ao âmbito da arbitragem administrativa, em função do objecto do litígio, mas de clarificar que, como a legitimidade passiva para a acção arbitral, caso existam contra-interessados, não pertence apenas à entidade autora do acto impugnado, mas também aos contra-interessados, apenas se considerará verificado o pressuposto processual da legitimidade passiva quando uns e outros hajam aceitado a jurisdição do tribunal arbitral (ainda que não participem no processo), assim assegurando que a arbitragem se mantém *voluntária* relativamente a todos os participantes[391]. Por outras palavras, a falta de aceitação da convenção de arbitragem por parte de todos os contra-interessados não torna o litígio *inarbitrável*, uma vez que o mesmo, em razão do seu objecto, continua susceptível de ser deferido a tribunal arbitral – o que sucede é que a parte demandada é ilegítima, com a consequência de o tribunal se ver impedido de apreciar o fundo da causa.

Considerando que a arbitrabilidade de um litígio é determinada em razão do seu objecto, por confronto deste com o âmbito da arbitragem abstractamente fixado na lei, e não (também) pela legitimidade passiva, pressuposto processual respeitante às partes, pode concluir-se que o recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa não se encontra limitado pela existência de contra-interessados. A subscrição da convenção de arbitragem pelas partes na relação jurídica multipolar é, nos termos do n.º 2 do artigo 180.º do CPTA – em resultado do carácter voluntário da arbitragem, que se mantém quanto a todos os intervenientes –, condição necessária para que possam ser conjuntamente demandados o autor do auto e os diversos contra-interessados, com vista à formação de litisconsórcio

[391] Parecendo enquadrar o artigo 180.º, n.º 2, do CPTA como uma restrição à arbitrabilidade de litígios em matéria administrativa, cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, cit., pp. 75 e ss.

necessário passivo entre tais sujeitos, e, bem assim, para que o tribunal possa decidir o litígio[392].

5. Análise crítica do regime de arbitrabilidade de litígios envolvendo a apreciação de actos administrativos

5.1. A arbitrabilidade do controlo da legalidade de actos tributários como superação do limite tradicional à arbitrabilidade de actos administrativos

O direito administrativo não é, actualmente, como vimos, o único ramo do direito público onde é possível deferir a tribunais arbitrais o julgamento de litígios que opõem particulares à Administração. Pode mesmo afirmar-se, sem exagero, que o passo mais significativo em direcção à abertura do direito público à arbitragem foi dado, justamente, onde menos se esperava, num domínio onde a actuação da Administração Pública é marcadamente, embora não exclusivamente, unilateral e vinculada: o direito tributário.

Com efeito, enquanto no direito administrativo ainda se debatia a questão de saber se o âmbito da arbitragem em matéria administrativa correspondia ou não a uma adaptação ao direito administrativo do critério de arbitrabilidade então vigente para o direito privado – o critério da disponibilidade do direito sobre que incide o litígio –, de que decorreria toda a sorte de limitações, da qual a mais impressiva seria a exclusão do controlo da validade de actos administrativos do âmbito da arbitragem administrativa, salvo raras excepções que, com muito esforço, alguma doutrina ainda procurava reconduzir à ideia de disponibilidade, o legislador mudou radicalmente o paradigma vigente na arbitragem de direito público, admitindo expressamente como núcleo essencial da arbitrabilidade no direito tributário a apreciação da legalidade de actos tributários, o que viria a suceder com

[392] A distinção não tem apenas relevância teórica: pense-se, a título de exemplo, na possibilidade de ser proferida uma decisão em processo arbitral no qual apenas foi demandado um de dois contra-interessados existentes, por um deles não ter aderido à convenção de arbitragem. Se a falta de aceitação do compromisso arbitral se tratasse de um problema de arbitrabilidade do litígio, a decisão proferida nesse processo poderia, eventualmente, ser anulada, nos termos da sub-alínea i) da alínea b) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV, a qual estabelece que uma decisão arbitral pode ser anulada por um tribunal estadual, se este verificar que o objecto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos do direito português. Diversamente, não se tratando, como cremos que não se trata, de um problema de arbitrabilidade do litígio, mas de ilegitimidade, é discutível se a situação se enquadraria em qualquer dos outros fundamentos de anulação da decisão arbitral, taxativamente previstos no artigo 46.º da LAV (poderia, eventualmente, questionar-se a aplicação da sub-alínea iii) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV, dependendo dos próprios termos da concreta decisão do tribunal arbitral). Em qualquer caso, a falta de subscrição da convenção de arbitragem por parte dos contra-interessados obsta a que a decisão arbitral produza quanto a eles o efeito de caso julgado.

a entrada em vigor do RJAT[393].

Com efeito, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do RJAT, a "competência dos tribunais arbitrais compreende a apreciação das seguintes pretensões: a) A declaração de ilegalidade de actos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta; b) A declaração de ilegalidade de actos de fixação da matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo, de actos de determinação da matéria colectável e de actos de fixação de valores patrimoniais"[394].

A apreciação da legalidade de actos tributários constituiu sempre matéria tida como absolutamente inarbitrável, à luz da concepção tradicional da disponibilidade de direitos, por estar em causa, quase exclusivamente, o exercício de poderes vinculados e por se tratar, bem se vê, de uma forma unilateral de exercício dos poderes administrativos[395]. Esta mudança de paradigma veio, pois, afastar o critério da disponibilidade do horizonte da arbitragem de direito público, dando sequência a tímidos avanços que neste sentido já haviam sido introduzidos pelo CPTA.

Por nossa parte, como referimos anteriormente, sempre o critério da disponibilidade nos pareceu desajustado ao direito administrativo: a Administração não pode, em caso algum, dispor das suas competências ou renunciar ao seu exercício, pelo que não pode falar-se propriamente de disponibilidade dos poderes funcionais

[393] A vinculação da Administração Tributária à jurisdição do CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa decorre da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de Março, em vigor desde 1 de Julho de 2011.

[394] Sobre a arbitragem tributária, cfr., entre outros, JORGE LOPES DE SOUSA, "Algumas notas sobre o regime da arbitragem tributária", *in* ISABEL CELESTE FONSECA (Org.), *A Arbitragem Administrativa e Tributária - Problemas e Desafios*, cit., pp. 227-242; NUNO VILLA-LOBOS / TÂNIA CARVALHAIS PEREIRA, "Arbitragem tributária: breves notas", *in* ISABEL CELESTE FONSECA (Org.), *A Arbitragem Administrativa e Tributária - Problemas e Desafios*, cit., pp. 375-388; ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA, "Arbitragem Tributária: Os novos prazos, a Cumulação de Pedidos e a Coligação de Autores", *Newsletter CAAD – Arbitragem Administrativa e Fiscal*, n.º 1, 2013, pp. 37-39, disponível em http://www.caad.org.pt (consultado em 5.10.2013); RUI RIBEIRO PEREIRA, "Breves notas sobre o regime da arbitragem tributária", *in* ISABEL CELESTE FONSECA (Org.), *A Arbitragem Administrativa e Tributária - Problemas e Desafios*, cit., pp. 389-406; SERENA CABRITA NETO, "A Articulação dos Prazos de Impugnação do RJAT, do CPPT e do Código do IRS", *Newsletter CAAD – Arbitragem Administrativa e Fiscal*, n.º 1, 2013, pp. 40-42, disponível em http://www.caad.org.pt (consultado em 5.10.2013); SUSANA SOUTELINHO, "A arbitragem tributária – uma realidade?", *in* ISABEL CELESTE FONSECA (Org.), *A Arbitragem Administrativa e Tributária - Problemas e Desafios*, cit., pp. 407-416; e SAMUEL FERNANDES DE ALMEIDA, "Primeiras reflexões sobre a lei de arbitragem em matéria tributária", *in* PAULO OTERO / FERNANDO ARAÚJO / JOÃO TABORDA DA GAMA (Orgs.), *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Volume V, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 381-416.

[395] Haverá exemplo de acto materialmente administrativo mais autoritário do que o acto tributário? Sobre a caracterização dos actos tributários como actos administrativos, cfr., por exemplo, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., p. 87; JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 301-308, 344-347; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, cit., pp. 136-137, nota 367.

administrativos. Por outro lado, ainda que a ideia de disponibilidade fosse transposta para o direito administrativo como incidindo sobre as zonas da actuação administrativa que traduzem o exercício da margem de livre decisão administrativa, sempre seria de concluir que um tal critério apenas pretenderia possibilitar a arbitragem sobre o mérito da actuação administrativa e já não sobre a respectiva legalidade, o que se afiguraria violador do princípio da separação de poderes.

A nosso ver, tanto no ETAF de 1984, como, posteriormente, no CPTA, o recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa não se encontrava estabelecido por referência ao critério da disponibilidade do direito sobre que incide o litígio. Seja como for, o arrojo do legislador no domínio da arbitragem tributária veio romper definitivamente e sem margem para dúvidas com a ideia de disponibilidade do direito controvertido como critério subjacente às soluções de arbitrabilidade no direito público, sob qualquer dos prismas com que aquele critério era transposto para este domínio: para quem identificava a disponibilidade da actuação administrativa com a margem de discricionariedade de uma tal actuação, a arbitrabilidade do controlo da legalidade dos actos tributários vem consagrar justamente a solução oposta à que decorreria da aplicação de um tal critério assim transposto; para quem via na ideia de disponibilidade a imposição da exclusão do controlo da actuação jurídica unilateral da Administração do âmbito da arbitragem, a solução consagrada pelo legislador afasta liminarmente a aplicação do critério.

Conforme já notámos, a ruptura com um tal critério fez-se primeiramente no direito administrativo, com a expressa admissibilidade do controlo arbitral da legalidade dos actos administrativos praticados em execução de contratos. Todavia, há que reconhecê-lo, foi no direito tributário que as tradicionais resistências opostas à possibilidade de arbitragem em domínios onde a Administração actua unilateralmente no exercício de poderes públicos foram vencidas, em toda a linha, com a admissibilidade geral da arbitragem sobre a legalidade de actos tributários. Independentemente do que possa pensar-se sobre o mérito da admissibilidade de resolução por arbitragem de litígios que tenham por objecto a apreciação da legalidade de actos tributários, certo é que a indiscutível ruptura com as posições tradicionais que restringiam o âmbito possível da arbitragem no direito público a litígios incidentes sobre direitos disponíveis merece vivo aplauso, pois que, já o referimos, "não se descobre a ligação necessária entre a influência da vontade das partes sobre as vicissitudes de uma relação jurídica e a influência da vontade das partes para a

determinação dos seus litígios"[396].

5.2. A insuficiência do âmbito de arbitrabilidade fixado no CPTA e a necessidade de protecção da coerência interna do regime de arbitrabilidade no direito público

Da análise que antecede resulta que o recorte de arbitrabilidade fixado no CPTA apenas admite a apreciação de actos administrativos por tribunais arbitrais, a título principal, em dois tipos de situações, com excepção dos casos respeitantes a relações jurídicas de emprego público:

i) quando o litígio tenha por objecto o controlo da legalidade de actos administrativos praticados em execução de contratos; ou

ii) quando o litígio tenha por objecto o controlo da legalidade de actos administrativos procedimentais de formação de contratos públicos.

As questões relativas aos demais actos administrativos são, à face do regime actualmente vigente, autonomamente inarbitráveis, encontrando-se, pois, excluídas do âmbito da arbitragem. Perante tal constatação, não se afigura tarefa fácil encontrar explicação para que apenas os litígios respeitantes a actos administrativos da esfera contratual possam ser deferidos a tribunal arbitral. Na falta de um critério subjacente à construção do âmbito de arbitrabilidade em matéria administrativa, surpreende que o legislador tenha optado por permitir o recurso à arbitragem para resolução de litígios relativos a tais actos e não também de questões respeitantes a outros actos administrativos.

Poderia pensar-se que a admissibilidade da arbitragem de litígios respeitantes a actos administrativos contratuais e pré-contratuais denota, ainda, uma intenção subjacente de, no atinente às actuações unilaterais da Administração, permitir a arbitragem somente em matérias da órbita contratual. Ainda que assim fosse, o que não cremos suceder, ficaria por explicar a inusitada tentativa, constitucionalmente frustrada, de permitir a arbitragem, nos mais amplos termos, sobre questões de mérito respeitantes a quaisquer actos

[396] SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, cit., p. 235, nota 10.

administrativos[397]. Como conjugar uma tal tentativa de permitir o controlo do mérito de quaisquer actos administrativos com a restrição da admissibilidade do controlo arbitral da legalidade de actos administrativos a actos contratuais e pré-contratuais? Não parece, pois, satisfatória a explicação para as opções legislativas no atinente à arbitrabilidade de questões emergentes de actos administrativos fundada na ideia de que se tratou de restringir a arbitragem, em tal domínio, a matéria contratual. Acresce que, em si mesma, uma tal opção não deixaria de suscitar dúvidas: o que há de estruturalmente diferente entre o controlo da legalidade de um acto administrativo contratual ou pré-contratual e o controlo da legalidade dos demais actos administrativos?

Suscita-se, bem assim, um problema de coerência no modo como o legislador procedeu à delimitação das matérias que podem ser objecto de um processo arbitral, no quadro da arbitragem administrativa.

Não se vislumbrando uma razão de princípio subjacente à construção do âmbito de arbitrabilidade em matéria administrativa em termos tão limitados, tendo designadamente em conta que a restrição subjacente à ideia de disponibilidade foi abandonada (se é que alguma vez foi adoptada) com a expressa admissibilidade do controlo arbitral da legalidade de actos administrativos contratuais, cabe perguntar se a explicação para o reduzido âmbito da arbitragem no domínio dos actos administrativos residirá, ainda, na desconfiança do legislador no instituto da arbitragem, enquanto modo de resolução jurisdicional de litígios entre Administração e particulares. Se assim for, e não se vê que possa ser de outra forma, os generosos termos em que o legislador operou a recente abertura do direito tributário à arbitragem suscitam um outro problema de coerência interna do sistema, não já ao nível das soluções de arbitrabilidade no direito administrativo, mas ao nível das diferentes soluções de arbitrabilidade no direito público, que urge resolver pela reponderação do âmbito de arbitrabilidade de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas.

[397] Com efeito, uma das soluções que mais surpreendem é a tentativa de abrir a via arbitral a *questões relativas a actos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva*. Ainda que o preceito tivesse algum sentido útil, permitindo a fiscalização da legalidade de certos actos administrativos, como sustenta parte da doutrina, continuaria por explicar que apenas sobre tais actos, a par dos actos contratuais e pré-contratuais, se admitisse o recurso à arbitragem. "Se o legislador for contrário à arbitragem sobre actos administrativos, deve excluir tal possibilidade. Mas se não for, então não se vê por que razão apenas há-de permiti-la em relação aos actos administrativos contemplados na alínea c) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA. Como a solução consagrada nesta alínea não pode ser reconduzida a um critério coerente, também o modo como ela surge delimitada não se afigura dotado de coerência" (MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Arbitragem de Direito Administrativo – Algumas Considerações*, cit., p. 24).

Como assinala MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "a partir do momento em que se foi tão longe em matéria tributária, justifica-se, a nosso ver, questionar a pertinência das limitações com que, entre nós, é admitida a arbitragem em Direito Administrativo. E tal questionamento afigura-se tanto mais justificado na medida em que [...] o progressivo alargamento a que se assistiu, no nosso ordenamento jurídico, da arbitragem de Direito Administrativo não assentou em critérios aptos a conferir um estatuto de coerência aos limites com que as soluções de alargamento foram sendo configuradas"[398].

Com efeito, quando comparado o recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa, no atinente à apreciação de questões relativas a actos administrativos, com o recorte de arbitrabilidade estabelecido em matéria tributária, designadamente a admissibilidade genérica da arbitragem de litígios respeitantes ao controlo da legalidade dos actos tributários – os quais constituem, como se sabe, actos materialmente administrativos –, sobra pouca margem para uma explicação razoável para a diferença abissal entre as duas realidades: no primeiro caso, são inarbitráveis os litígios respeitantes à generalidade dos actos administrativos, com excepções pontuais; no segundo, são arbitráveis os litígios respeitantes à generalidade dos actos tributários. Tomando em consideração o novo regime jurídico da arbitragem tributária, não parece que haja, actualmente, significativa desconfiança do legislador no instituto da arbitragem, o que, pelo menos em parte, se explicará pela boa experiência emergente da já longa tradição jurídica da arbitragem no direito privado. A tanto não será também alheia a boa experiência obtida com a arbitragem no domínio dos contratos administrativos.

Em suma, a falta de coerência do regime de arbitrabilidade em matéria administrativa, especialmente no atinente a questões sobre actos administrativos, manifesta-se, assim, a dois níveis: por um lado, ao nível das soluções de arbitrabilidade adoptadas no direito administrativo, não se vislumbrando razão explicativa para a admissibilidade do recurso à arbitragem para o controlo da legalidade dos actos administrativos contratuais e pré-contratuais e não também de outros tipos de actos administrativos; e, por outro lado, ao nível das soluções de arbitrabilidade adoptadas no direito público, com a plena admissibilidade da arbitragem no domínio do controlo da

[398] MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Arbitragem de Direito Administrativo – Algumas Considerações*, cit., p. 17. Cfr., ainda, do mesmo autor, *Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal*, cit., p. 23, considerando que "no momento presente, a maior das incongruências resulta, precisamente, dos limites que (ainda?) são impostos à admissibilidade da arbitragem sobre a legalidade de atos administrativos".

validade dos actos tributários, que contrasta com o reduzido âmbito da arbitragem no domínio do controlo da validade dos actos administrativos.

A inconsistência das soluções adoptadas, quer na delimitação das matérias jurídico-administrativas passíveis de arbitragem, quer no confronto entre o reduzido âmbito da arbitragem de litígios sobre actos administrativos e a plena admissibilidade da arbitragem de litígios sobre actos tributários, impõe, a nosso ver, uma reponderação dos termos em que se encontra delimitado o âmbito da arbitragem no direito público. Atenta a progressiva confiança dos diversos operadores no instituto da arbitragem, o progressivo enraizamento do instituto na tradição jurídico-pública portuguesa, bem como a tendência (entre nós, iniciada em meados do século XX e nunca interrompida até ao momento) de contínuo alargamento do âmbito da arbitragem de litígios jurídico-públicos, parece poder afirmar-se que a aludida reponderação se deverá fazer por via do alargamento do recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa, dando, assim, solução ao mencionado problema de coerência[399].

[399] A nosso ver, um tal alargamento poderia fazer-se por via da delimitação do âmbito da arbitragem administrativa pela negativa, e não já pela positiva como actualmente sucede, estabelecendo-se uma cláusula geral de admissibilidade da arbitragem para resolução de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, que poderia ser complementada pela exclusão das matérias que, justificadamente, se considerasse deverem pertencer exclusivamente à jurisdição estadual. Acompanhamos, por isso, a posição de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Arbitragem de Direito Administrativo – Algumas Considerações*, cit., p. 25, para quem "uma vez abandonadas – bem ou mal – as razões de princípio que, a exemplo do que sucede em muitos outros ordenamentos jurídicos, poderiam sustentar o afastamento, em tese geral, da arbitragem de Direito Administrativo ou a sua redução à expressão mais simples, cumpre perguntar se o caminho não deverá passar por abdicar, por falta de um critério coerente, de uma enunciação pela positiva das matérias de Direito Administrativo passíveis de serem submetidas a arbitragem e procurar identificar limites coerentes que, pela negativa, permitam identificar matérias que não devem poder ser submetidas a arbitragem".

CONCLUSÕES

1. A análise da evolução histórica do regime da arbitrabilidade em matéria administrativa, no ordenamento jurídico português, permite concluir pela verificação de uma progressiva expansão do leque de questões emergentes de relações jurídico-administrativas cujo julgamento pode ser deferido a tribunais arbitrais, havendo, todavia, vastos domínios que se encontram excluídos da possibilidade de arbitragem.

2. A arbitragem de litígios jurídico-administrativos é uma realidade conhecida de diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, embora o recorte de matérias arbitráveis em tais domínios seja muito variável: uma nota comum aos sistemas que admitem a arbitragem administrativa parece ser a admissibilidade da arbitragem de litígios que se suscitem no âmbito de, pelo menos, certos tipos de contratos administrativos. Noutros sistemas jurídicos, porém, a arbitrabilidade de litígios jurídico-administrativos, na falta de norma legal que expressamente a admita, constitui, ainda, tema controverso.

3. O direito primário da União Europeia não condiciona a regulação do âmbito da arbitragem em matéria administrativa nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros.

4. Perante a CRP, os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais, incumbidos do desempenho da função jurisdicional. A sua actividade é constitucionalmente enquadrada como exercício privado de poderes jurisdicionais.

5. A circunstância de os tribunais arbitrais constituírem tribunais de existência facultativa implica o reconhecimento de que, perante o texto constitucional, a admissibilidade legal da arbitragem acarretará necessariamente a invasão da esfera de competência ideal dos tribunais estaduais.

6. A reserva da jurisdição administrativa estabelecida no artigo 212.º, n.º 3, da CRP não constitui uma reserva de jurisdição estadual.

7. Perante a lei fundamental, a jurisdição administrativa e fiscal, para além dos tribunais estaduais administrativos, integra, também, em sentido material e funcional, os tribunais arbitrais com competência para a resolução de litígios jurídico-administrativos. Quanto a estes, porém, a sua existência e o âmbito da sua jurisdição estão dependentes do que vier a ser determinado pelo legislador no exercício da sua liberdade de conformação.

8. Não resulta da CRP qualquer limitação do âmbito da arbitragem de litígios jurídico-administrativos respeitante à disponibilidade do direito sobre que incide o litígio.

9. À luz do moderno entendimento do princípio da separação de poderes, os artigos 2.º e 111.º da CRP estabelecem uma reserva constitucional a favor dos órgãos administrativos correspondente ao núcleo essencial da função administrativa, de que não podem ser privados por acção de outros órgãos incumbidos prevalentemente do desempenho de outra função de soberania.

10. A função administrativa traduz-se numa actividade orientada para a satisfação das necessidades colectivas que comporta espaços de autonomia para a determinação de certos aspectos da actuação do órgão administrativo.

11. Essa autonomia constitui o núcleo essencial da função administrativa.

12. Os tribunais, estaduais ou arbitrais, estão impedidos de se substituir à Administração no exercício da autonomia pública administrativa, podendo apenas efectuar um controlo da legalidade da actuação administrativa e não já um controlo do mérito de uma tal actuação.

13. O princípio da separação e interdependência dos poderes de soberania opõe-se a que a Administração delegue, por sua vontade, o núcleo essencial da função administrativa noutros órgãos incumbidos prevalentemente do desempenho de outra função de soberania.

14. O reconhecimento da existência de uma reserva constitucional a favor dos órgãos administrativos correspondente ao exercício da autonomia pública, perante os tribunais, estaduais e arbitrais, decorre, ainda, da necessidade de

preservação do modelo constitucional de legitimação do exercício dos poderes de soberania.

15. Da reserva constitucional de administração decorre um parâmetro de interpretação das normas infra-constitucionais sobre arbitrabilidade em matéria administrativa, impondo a interpretação de tais normas no sentido de se encontrarem excluídas do âmbito da arbitragem as questões atinentes ao mérito da actuação administrativa.

16. Da reserva constitucional de administração decorre um parâmetro de validade das normas infra-constitucionais sobre arbitrabilidade em matéria administrativa, determinando a inconstitucionalidade das normas que permitam a submissão a arbitragem de questões de mérito da actuação administrativa, se não for possível extrair delas um sentido conforme à Constituição.

17. O direito de acesso aos tribunais está consagrado no texto constitucional com um conteúdo obrigatório mínimo – garantindo o direito de recorrer aos tribunais cuja existência é imposta pela lei fundamental – e um âmbito de expansão potencial – abrangendo a garantia de acesso aos tribunais de existência facultativa –, cuja concretização a CRP deixa a cargo do legislador ordinário, segundo o seu prudente critério.

18. Para efeitos do disposto no artigo 20.º, n.º 1, da CRP, pode afirmar-se que o direito de acesso aos tribunais constitui um direito fundamental de acesso a todos os tribunais, públicos e privados, mas a Constituição condiciona a operatividade do preceito quanto a estes últimos à concretização infraconstitucional da permissão de criação dos tribunais de existência facultativa. O recurso aos tribunais arbitrais consubstancia um modo de exercício do direito de acesso aos tribunais.

19. O princípio *pro actione*, que opera no âmbito do direito processual, sem distinção de ordens jurisdicionais ou categorias de tribunais, deverá ser tomado em consideração na interpretação da normas infra-constitucionais que condicionam o recurso à arbitragem, reclamando que tais normas sejam interpretadas num sentido que extraia delas todas as virtualidades que

comportam e impedindo uma interpretação restritiva das mesmas.

20. Ao nível infraconstitucional, o regime jurídico da arbitragem administrativa resulta de um complexo normativo de fontes diversas, estruturado da seguinte forma:

    a. Em primeiro lugar, são aplicáveis à arbitragem administrativa as normas constantes dos artigos 180.º a 187.º do CPTA, bem como os artigos 1.º, n.º 5, e 59.º, n.º 2, da LAV;

    b. Em segundo lugar, nas matérias atinentes à constituição e ao funcionamento do tribunal arbitral, são aplicáveis as normas integrantes da LAV;

    c. Em terceiro lugar, nas matérias não atinentes à constituição e ao funcionamento do tribunal arbitral, são aplicáveis as disposições do CPTA que, pela sua razão de ser, não devam considerar-se exclusivamente aplicáveis aos meios processuais da jurisdição estadual e, subsidiariamente, as normas constantes da LAV.

21. O âmbito de arbitrabilidade de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, ressalvada a existência de regimes especiais, é o que resulta da interpretação conjugada dos artigos 180.º, n.º 1, e 185.º do CPTA, tanto para a arbitragem *ad hoc*, como para a arbitragem institucionalizada.

22. Ao nível infraconstitucional, não há qualquer restrição ao âmbito da arbitragem de litígios jurídico-administrativos fundada no critério da disponibilidade do direito sobre que incide o litígio.

23. A alínea c) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA não permite o recurso a arbitragem para a fiscalização da legalidade de actos administrativos:

    a. Os actos administrativos compreendidos na previsão da alínea c) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA são os actos válidos e os actos anuláveis cuja invalidade se haja consolidado na ordem jurídica, somente estes podendo ser revogados sem fundamento na sua invalidade;

b. A validade de tais actos ou a consolidação da sua invalidade na ordem jurídica em termos de não mais poder ser jurisdicionalmente sindicada constitui pressuposto da arbitrabilidade do litígio com base neste preceito.

24. A alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA permite o recurso a arbitragem para a fiscalização da legalidade de actos administrativos praticados no âmbito da execução de contratos.

25. A alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA permite o recurso a arbitragem para a fiscalização da legalidade de actos administrativos procedimentais de formação dos contratos públicos.

26. A alínea d) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA inviabiliza o recurso a arbitragem para a fiscalização da legalidade de quaisquer actos administrativos praticados no âmbito das relações de emprego público, incluindo actos administrativos emanados no âmbito da execução de contratos.

27. O tribunal competente para a acção é competente para a decisão das questões prejudiciais de legalidade dos actos administrativos suscitadas pelo demandante como fundamento da acção que sejam autonomamente arbitráveis.

28. Do artigo 91.º, n.º 1, do CPC pode, por via do artigo 1.º do CPTA, extrair-se uma regra segundo a qual o tribunal arbitral competente para a acção é também competente para conhecer das questões prejudiciais de legalidade dos actos administrativos invocadas pelo demandado como meio de defesa que sejam autonomamente arbitráveis, podendo decidir incidentalmente tais questões, com efeitos limitados ao processo arbitral em que se suscitem.

29. Se um tribunal arbitral constituído para resolver, a título principal, um litígio jurídico-administrativo se deparar com uma questão prejudicial de legalidade de um acto administrativo invocada pelo demandante ou pelo demandado que seja autonomamente inarbitrável, o artigo 15.º do CPTA habilita-o, em princípio, a resolver incidentalmente a questão prejudicial, estendendo a sua competência à decisão da questão, com efeitos limitados a esse processo.

30. O artigo 134.º, n.º 2, do CPA não habilita os tribunais arbitrais a declarar a

nulidade de um acto administrativo, com efeitos *erga omnes*, mas tão somente a apreciar incidentalmente a nulidade de um acto administrativo, como questão prejudicial, com efeitos limitados ao caso concreto.

31. O artigo 180.º do CPTA deve ser interpretado como excluindo o recurso a arbitragem para a apreciação de questões de mérito dos actos administrativos, por força da reserva constitucional de administração decorrente do princípio da separação e interdependência dos poderes, bem como do modelo constitucional de legitimação do exercício dos poderes de soberania.

32. O artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA é inconstitucional, na medida em que a única interpretação que dele se pode extrair – a possibilidade de submissão a arbitragem de questões de mérito dos actos administrativos – é incompatível com a existência de uma reserva constitucional de administração decorrente do princípio da separação e interdependência dos poderes, bem como do modelo constitucional de legitimação do exercício dos poderes de soberania.

33. A admissibilidade do controlo da legalidade de actos administrativos supõe a impugnabilidade de tais actos junto dos tribunais estaduais, na dupla e ampla acepção das características que o acto deve possuir para que possa ser impugnado e da condição de que a sua invalidade não se tenha, ainda, consolidado na ordem jurídica, como decorrência da alternatividade da via arbitral face aos meios da jurisdição estadual.

34. O recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa não se encontra limitado pela existência de contra-interessados. A subscrição da convenção de arbitragem pelas partes na relação jurídica multipolar é, nos termos do n.º 2 do artigo 180.º do CPTA, condição necessária para que possam ser conjuntamente demandados o autor do acto e os diversos contra-interessados, com vista a assegurar a verificação do pressuposto processual da legitimidade.

35. Suscita-se um problema de coerência no modo como o legislador regulou a admissibilidade do controlo arbitral de actos administrativos, que se manifesta a dois níveis:

    a. por um lado, ao nível das soluções de arbitrabilidade adoptadas no direito

administrativo, não se vislumbrando razão explicativa para a admissibilidade do recurso à arbitragem para o controlo da legalidade dos actos administrativos contratuais e pré-contratuais e não também de outros tipos de actos administrativos; e

b. por outro lado, ao nível das soluções de arbitrabilidade adoptadas no direito público, com a plena admissibilidade da arbitragem no domínio do controlo da validade dos actos tributários, que contrasta com o reduzido âmbito da arbitragem no domínio do controlo da validade dos actos administrativos.

36. Impõe-se uma reponderação dos termos em que se encontra delimitado o âmbito da arbitragem de litígios jurídico-público, com vista a dar solução ao aludido problema de coerência, o que, a nosso ver, passará pelo alargamento do recorte de arbitrabilidade em matéria administrativa.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Eridano de, "Arbitragem", *in* GOMES, Henrique Martins / FERNANDES, José Pedro (Orgs.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Coimbra, Atlântida Editora, 1965, p. 433.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, "A convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos", in SILVA, António Vieira da (Org.), *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 82-95.

ALMEIDA, Mário Aroso de, e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª edição (revista), Coimbra, Almedina, 2010.

ALMEIDA, Mário Aroso de,

- "Arbitragem de Direito Administrativo – Algumas Considerações", *Newsletter CAAD – Arbitragem Administrativa e Fiscal*, n.º 1, 2013, pp. 17-25, disponível em http://www.caad.org.pt (consultado em 5.10.2013);

- "Arbitragem em matéria administrativa", *in* Direcção-Geral da Administração Extrajudicial – Ministério da Justiça (Org.), *Resolução Alternativa de Litígios – Colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE*, Agora Comunicação, 1.ª edição, 2006, pp. 15-22;

- *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2010;

- "O novo direito à outorga de compromisso arbitral (artigo 182.º do CPTA)", *in* Direcção-Geral da Administração Extrajudicial – Ministério da Justiça (Org.), *IV Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios*, Agora Comunicação, 1.ª edição, 2005, pp. 21-31;

- *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2003;

- "Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal", *in* MIRANDA, Jorge / CANOTILHO, J. Gomes / BRITO, José de Sousa e / BRITO, Miguel Nogueira de / REGO, Margarida Lima / MÚRIAS, Pedro (Orgs.), *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 7-26;

- *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares*, Coimbra, Almedina, 2012;

- "Tópicos Sobre o Problema do Âmbito Subjectivo da Arbitragem sobre Relações Jurídicas Multilaterais ou Poligonais de Direito Administrativo", *in* SILVA, António Vieira da (Org.), *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 209-221.

ALMEIDA, Samuel Fernandes de, "Primeiras reflexões sobre a lei de arbitragem em matéria tributária", *in* OTERO, Paulo / ARAÚJO, Fernando / GAMA, João Taborda da (Orgs.), *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Volume V, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 381-416.

AMARAL, Diogo Freitas do,

- *Curso de Direito Administrativo* (com a colaboração de FÁBRICA, Luís, GOMES, Carla Amado, e SILVA, J. Pereira da, Volume I, 3.ª edição, 7.ª reimpressão da edição de Novembro de 2006, Coimbra, Almedina, 2012;

- *Curso de Direito Administrativo* (com a colaboração de MACHETE, Pedro, e TORGAL, Lino), Volume II, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2013.

AMARAL, Diogo Freitas do / CAUPERS, João / CLARO, João Martins / RAPOSO, João / GARCIA, Maria da Glória Dias / VIEIRA, Pedro Siza / SILVA, Vasco Pereira da, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005.

AMARAL, Maria Lúcia, *A Forma da República – Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, 1ª edição (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de,

- *A Justiça Administrativa - Lições*, 12ª edição, Coimbra, Almedina, 2012;

- "Revogação do acto administrativo", *Revista de Direito e Justiça*, VI, 1992, pp. 53 e ss.

ANDRADE, José Robin de,

- *Apresentação sobre a nova Lei de Arbitragem Voluntária e a aplicação do Direito da Concorrência*, 2012, disponível em http://arbitragem.pt/noticias/arquivo/2012/ (consultado em 5.10.2013);

- "Arbitragem e contratos públicos", *in* GONÇALVES, Pedro (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 943-966.

- *A Revogação dos Actos Administrativos*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

ANTONIOLI, Marco, "Arbitrato e Giurisdizione Esclusiva: Problemi e Prospettive", *Diritto processuale amministrativo - Rivista trimestrale*, n.º 3, 2007, pp. 685-720.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço, *A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa – O Novo Contrato Natural*, Coimbra, Almedina, 2006.

ARAÚJO, José Luís / COSTA, João Abreu da, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Aveiro, Estante Editora, 1993.

ARNULL, Anthony, DASHWOOD, Alan, DOUGAN, Michael, ROSS, Malcom, SPAVENTA, Eleanor, e WYATT, Derrick, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição (refundida), Coimbra, Almedina, 2011.

AYALA, Bernardo Diniz de, *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lisboa, Lex, 1995.

BARON, Patrick M. / LINIGER, Stefan, "A Second Look at Arbitrability", *Arbitration International*, n.º 19, 1, Kluwer Law International, 2003.

BARROCAS, Manuel Pereira,

- *Lei de Arbitragem Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013;

- *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010;

- "Necessidade de uma nova ordem judicial – A Arbitragem", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 45 (1985), Volume II, pp. 433-456.

BOLADO, Roberto Bustillo, *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Editorial Aranzadi, 2001.

CABRAL, Margarida Olazabal, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1999.

CADILHA, António, "Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

CAETANO, Marcello,

- *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, 6.ª edição (revista e ampliada por TELES, Miguel Galvão), 5.ª reimpressão, 2012;

- *Manual de Direito Administrativo*, 6.ª edição, Lisboa, Coimbra Editora, 1963;

- *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10.ª edição (revista e actualizada), 10.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2010;

- *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 8.ª edição, Lisboa, Coimbra Editora, 1969;

- *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 9.ª edição, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1980;

- *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 10.ª edição (revista e actualizada), 10.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2010.

CALVÃO, Filipa Urbano, "Revogação dos Actos Administrativos no Contexto da Reforma do Código do Procedimento Administrativo", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 54, 2005, pp. 33-43.

CAMPOS, Diogo Duarte, *A Escolha do Parceiro Privado nas Parcerias Público-Privadas*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010.

CAMPOS, Diogo Leite,

- "A Arbitragem em Direito Tributário", *Separata de Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, 2006, pp. 739-748;

- "A Arbitragem Voluntária (Jurisdição dos Cidadãos) nas Relações Tributárias", *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Intervenções*, Almedina, 2008;

- "A indisponibilidade dos créditos tributários e a arbitragem", *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 1, Ano II (2009), pp. 63-73.

CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, 13.ª reimpressão, Coimbra, Almedina.

CANOTILHO, Gomes, e MOREIRA, Vital,

- *Constituição da República Portuguesa Anotada,* Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

- *Constituição da República Portuguesa Anotada,* Volume II, 4.ª edição revista, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010;

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição (revista), Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

CAPONIGRO, Roberto, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, 2011, disponível em http://www.giustizia-amministrativa.it (consultado em 5.10.2013).

CAUPERS, João,

- "A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 18, 1999, pp. 3-11;

- "A arbitragem na nova justiça administrativa", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 34, 2002, pp. 65-68;

- *Introdução ao Direito Administrativo*, 10.ª edição, Lisboa, Âncora, 2009;

- "O regime da revogação no CPA: uma revisão conveniente", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82, 2010, pp. 69-73.

CARAMELO, António Sampaio,

- "A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – Reflexões de *jure condendo*", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66 (2006), Volume III, pp. 1233-1265;

- "Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema.", *in* SILVA, António Vieira da (Org.), *IV Congresso de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 13-44.

CARINGELLA, Francesco, *Il riparto di giurisdizione,* 2008, disponível em http://www.giustizia-amministrativa.it (consultado em 5.10.2013).

CASSESE, Sabino, "L'Arbitrato nel Diritto Amministrativo", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, Anno XLVI, 1996, pp. 311-327.

CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 11e édition, Montcherstien, 2004.

CHUMBINHO, João, *A Constituição e a Independência dos Tribunais*, Lisboa, Quid Juris, 2009.

CLARO, João Martins,

- "A Arbitragem no Projecto do Código de Processo nos Tribunais Administrativos", *in* MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Reforma do Contencioso Administrativo - O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 243-250;

- *in* Direcção-Geral da Administração Extrajudicial – Ministério da Justiça (Org.), *IV Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios*, Agora Comunicação, 1.ª edição, 2005, pp. 33-49.

CLAY, Thomas, "Arbitrage pour les personnes morales de droit public: le grand bazar!", *Petites Affiches*, n.° 60, 2008, pp. 3 e ss.

CLEMENTE, António José, "A Arbitragem Voluntária Institucionalizada em Portugal", *Newsletter do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, n.º 9/2010, disponível em http://www.gral.mj.pt (consultado em 28.09.2012).

CORREIA, José Manuel Sérvulo,

- "Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001;

- "A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos", AAVV, *Estudos em Homenagem do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, pp. 229-263;

- *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lisboa, Lex, 2005;

- *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987;

- *Noções de Direito Administrativo*, Volume I, Lisboa, Editora Danúbio, 1982;

- "Unidade ou pluralidade de meios processuais principais no contencioso administrativo", *Reforma do Contencioso Administrativo - O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003;

- "Separation of powers and judicial review of administrative decisions in Portugal", *in* CARLA ZOETHOUT / GER VAN DER TANG / PIET AKKERMANS (Orgs.), *Control in Constitutional Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 163 e ss.

COUTINHO, Francisco Pereira, "Os tribunais arbitrais tributários e o reenvio prejudicial", *Newsletter CAAD – Arbitragem Administrativa e Fiscal*, n.º 1, 2013, pp. 35-36, disponível em http://www.caad.org.pt (consultado em 5.10.2013).

CORTEZ, Francisco, "A Arbitragem Voluntária em Portugal – Dos «ricos homens» aos tribunais privados", *Revista "O Direito"*, Ano 124 (1992), III, pp. 365-591.

DEBBASCH, Francisco / RICCI, Jean-Claude, *Contentieux administratif*, 7e édition, Dalloz, 2001.

DIAS, José Eduardo Figueiredo / OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2006.

DUARTE, Tiago, "As fronteiras do Direito Público e a arbitragem internacional de protecção de investimentos", *Scientia Iuridica*, Tomo LX, 2011, n.º 326, pp. 293 e ss.

DURANTE, Nicola, *La Domanda di Arbitrato*, 2007, disponível em http://www.giustizia-amministrativa.it (consultado em 5.10.2013).

EIRÓ, Pedro, *Noções Elementares de Direito*, Lisboa/São Paulo, Verbo, 1997.

EIRÓ, Vera, *A Obrigação de Indemnizar das Entidades Adjudicantes – Fundamento e Pressupostos*, Coimbra, Almedina, 2013.

ESCHER, Alfred / NACIMIENTO, Patricia / WEISSENBORN, Christoph, "Selected Areas and Issues of Arbitration in Germany, Investment Arbitration and the Participation of State Parties in Germany", *in* BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz / KRÖLL, Stefan Michael (Orgs.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Kluwer Law International, 2007, p. 1028.

ESQUÍVEL, José Luís,

- "A Arbitragem Institucionalizada e os Conflitos de Direito Administrativo", *in* VILLA-LOBOS, Nuno de / VIEIRA, Mónica Brito, *Mais Justiça Administrativa e Fiscal - Arbitragem*, 1.ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, pp. 121-129;

- *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2004.

ESTORNINHO, Maria João,

- *Direito Europeu dos Contratos Públicos (Um Olhar Português)*, Coimbra, Almedina, 2006;

- "Algumas questões de contencioso dos contratos da Administração Pública", Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996;

- *in* Direcção-Geral da Administração Extrajudicial – Ministério da Justiça (Org.), *IV Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Litígios*, Agora Comunicação, 1.ª edição, 2005, pp. 51-59.

FERREIRA, Rogério Fernandes, "Arbitragem Tributária: Os novos prazos, a Cumulação de Pedidos e a Coligação de Autores", *Newsletter CAAD – Arbitragem Administrativa e Fiscal*, n.º 1, 2013, pp. 37-39, disponível em http://www.caad.org.pt (consultado em 5.10.2013).

FIGUEIRAS, Cláudia Melo, *Arbitragem em Matéria Tributária: à semelhança do modelo Administrativo?*, 2011, disponível em http://repositorium.sdum.uminho.pt/ (consultado em 5.10.2013).

FONSECA, Isabel Celeste da, "A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?", *in* FONSECA, Isabel Celeste da (Org.), *A Arbitragem Administrativa e Tributária - Problemas e Desafios*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 159-178.

FORTIER, Yves, "Arbitrability of Disputes", *in* ATKINS, Gerald / BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz / PATOCCHI, Paolo Michele / WHITEELL, Anne Marie (Orgs.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honor of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, pp. 269-284.

FOUSSARD, Dominique, "L'Arbitrage en Droit Administratif", *Revue de L'Arbitrage – Bulletin du Comité Français de l'Arbitrage*, n.º 1, 1990, pp. 3-54.

FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2006.

FREITAS, José Lebre de / REDINHA, João / PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

GARCIA, Maria da Glória Dias, *Da Justiça Administrativa em Portugal – Sua origem e evolução*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1994.

GAUDEMET, Yves, "L'Arbitrage: Aspects de Droit Public. État de la Question.", *Revue de L'Arbitrage – Bulletin du Comité Français de l'Arbitrage*, n.º 2, 1992, pp. 241-255.

GOHIN, Olivier, *Contentieux administratif*, 6e edition, Litec, 2009.

GOMES, Carla Amado, "Tempo e revogação no Direito Administrativo: *les jeux sont faits*?", *in* GOMES, Carla Amado (Org.), *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da

Universidade de Lisboa, 2012, pp. 45-64, disponível em http://www.icjp.pt (consultado em 5.10.2013).

GONÇALVES, Pedro,

- "A relação jurídica fundada em contrato administrativo", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, pp. 36-46;

- "Entidades privadas com poderes administrativos", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, 2006, pp. 50-59;

- *Entidades Privadas com Poderes Públicos (O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas)*, Coimbra, Almedina, 2005;

- *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, Almedina, 2003;

- *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

- "Revogação (de actos administrativos)", *in* FERNANDES, José Pedro (Org.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VII, Lisboa, 1996, pp. 303-325.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito da União (História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*), 6.ª edição, Almedina, 2010.

GOUVEIA, Jorge Bacelar,

- *Manual de Direito Constitucional*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2005;

- *Manual de Direito Constitucional*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2005.

GUEDES, Armando Marques, "Tribunais Arbitrais Administrativos", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XIV, 1960, pp. 141-151.

GUIMARÃES, Ana Luísa, *Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2012.

HANOTIAU, Bernard / CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention", *in Journal of International Arbitration*, Volume 25, Issue 6, Kluwer Law International, 2008, p. 721-741.

HIERRO, Juan Serrada / CORBELLA, Juan Carlos Calvo, "The Application of Arbitration to Public Entities. The Spanish Case", *in* FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel /

ARIAS, David (Orgs.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, 2010, pp. 1099-1114.

LEITÃO, Alexandra, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 2002.

LEMAIRE, Sophie, *Les Contrats Internationaux de l'Administration*, LGDJ, 2005.

MACHADO, Jónatas, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010.

MACHETE, Rui Chancerelle de,

- "A Submissão à Arbitragem dos Actos Procedimentais de Formação dos Contratos Públicos", *in* SILVA, António Vieira da (Org.), *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 150-160;

- "O Alargamento do Âmbito das Matérias Sujeitas à Arbitragem Administrativa no Direito Português", *in* SILVA, António Vieira da (Org.), *VI Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 169-184.

MARQUES, Dias, *Introdução ao Estudo do Direito*, I, 2.ª edição, Lisboa, 1968.

MARQUES, Francisco Paes, *A Efectividade da Tutela de Terceiros no Contencioso Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2007.

MARTINS, Ana Maria Guerra, *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2012.

MAS, Joaquín Tornos, "El arbitraje de derecho administrativo en el derecho español. Principales problemas e últimas novedades", *in* VILLA-LOBOS, Nuno de / VIEIRA, Mónica Brito, *Mais Justiça Administrativa e Fiscal - Arbitragem*, 1.ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, pp. 193-211.

MELO, Barbosa de, "Parâmetros constitucionais da justiça administrativa", *in* MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Reforma do Contencioso Administrativo – O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 377-400.

MENDES, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, disponível em http://www.arbitragem.pt (consultado em 5.10.2013).

MENDES, Armindo Ribeiro / VICENTE, Dário Moura / JÚDICE, José Miguel / ANDRADE, José Robin de / NÁPOLES, Pedro Metello de / VIEIRA, Pedro Siza, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Coimbra, Almedina, 2012.

MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, Volume II (revisto e actualizado), Lisboa, AAFDL, 1987.

MESQUITA, Maria José Rangel de, *O princípio da interpretação conforme e a sua não aplicação pelo Estado-Juiz: um (duplo) exemplo de incumprimento estadual*, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MRangel10.pdf (consultado em 5.10.2013).

MIGNONE, Claudio, "Il Risarcimento del Danno Mediante Arbitrato Alternativo alla Giurisdizione Amministrativa", *Rivista trimestrale – Diritto processuale amministrativo*, n.º 4, 2006, pp. 937-953.

MIRANDA, Agostinho Pereira de / LEONARDO, Cláudia, "Lei angolana da Arbitragem Voluntária: uma análise descritiva", *Revista de Arbitragem e Mediação*, Abril-Junho 2010, pp. 199-212.

MIRANDA, Jorge,

- *As Constituições Portuguesas – de 1822 ao texto actual da Constituição* – 4.ª edição, Lisboa, Petrony, 1997;
- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 7.ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Coimbra Editora, 2003;
- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000;
- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Coimbra Editora, 2008;
- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, 4.ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010;
- "Tribunais, Juízes e Constituição", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59 (1999), Volume I, pp. 5-28.

MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui,

- *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição (revista, actualizada e ampliada), Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010;

- *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

MISTELIS, Loukas A., "Is Arbitrability a National or an International Law Issue?", *in* LOUKAS A. MISTELIS / STAVROS L. BREKOULAKIS (Orgs.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009.

MONCADA, Luís Cabral de,

- "Modelos alternativos de justiça; a arbitragem no direito administrativo", *Revista "O Direito"*, Ano 142 (2010), III, pp. 481 e ss.;

- "A Arbitragem no Direito Administrativo; Uma Justiça Alternativa", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. 7, 2010, pp. 171 e ss, disponível em http://sigarra.up.pt/fdup/publs_pesquisa.formview?p_id=4266 (consultado em 5.10.2013).

MONTEIRO, António Pedro Pinto, "Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional", *in Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano IX (2009), n.º 16, pp. 185-223.

MORAIS, Carlos Blanco de,

- "Apontamento sobre a submissão de litígios a arbitragem necessária: algumas dúvidas de constitucionalidade", *Newsletter CAAD – Arbitragem Administrativa e Fiscal*, n.º 1, 2013, pp. 12-16, disponível em http://www.caad.org.pt (consultado em 5.10.2013);

- *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

MOREIRA, Raúl Relvas, "A Arbitrabilidade Autónoma dos Actos Procedimentais de Formação dos Contratos Públicos", *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano XI (2011), n.ºs 20/21, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 235-277.

MORENO, Juan Rosa, "El arbitraje en el derecho Administrativo Español", *in* VILLA-LOBOS, Nuno de / VIEIRA, Mónica Brito, *Mais Justiça Administrativa e Fiscal - Arbitragem*, 1.ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, pp. 151-192.

NABAIS, José Casalta,

- *Direito Fiscal*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012;

- "Reflexão Breve sobre a Introdução da Arbitragem Tributária", *in* VILLA-LOBOS, Nuno de / VIEIRA, Mónica Brito, *Mais Justiça Administrativa e Fiscal - Arbitragem*, 1.ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, pp. 83-102.

NETO, Serena Cabrita, "A Articulação dos Prazos de Impugnação do RJAT, do CPPT e do Código do IRS", *Newsletter CAAD – Arbitragem Administrativa e Fiscal*, n.º 1, 2013, pp. 40-42, disponível em http://www.caad.org.pt (consultado em 5.10.2013).

NEVES, Ana Fernanda, "A resolução dos conflitos laborais públicos por arbitragem administrativa", *in* FONSECA, Isabel Celeste da, *A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 15-39.

NEVES, Castanheira, "Da Jurisdição no actual Estado-de-Direito", *in* VARELA, Antunes / AMARAL, Diogo Freitas do / MIRANDA, Jorge / CANOTILHO, J. J. Gomes, *AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 177-227.

NOGUEIRA, José Duarte, "A Arbitragem na História do Direito Português (Subsídios)", *Revista Jurídica*, n.º 20, 1996.

NORI, Glauco, "Giurisdizione Pubblica e 'Giurisdizioni Private'", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.º 2, 2000, pp. 415-423.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de,

- *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2007;

- "Da Arbitragem Administrativa à Arbitragem Fiscal: Notas Sobre a Introdução da Arbitragem em Matéria Tributária", *in* VILLA-LOBOS, Nuno de / VIEIRA, Mónica Brito, *Mais Justiça Administrativa e Fiscal - Arbitragem*, 1.ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, pp. 131-147.

OLIVEIRA, Maria da Conceição, "Mediação e Arbitragem no Roteiro da 'Boa Administração'. A Experiência Portuguesa no Contexto Europeu", *in* VILLA-LOBOS, Nuno de / VIEIRA, Mónica Brito, *Mais Justiça Administrativa e Fiscal - Arbitragem*, 1.ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, pp. 59-73.

OLIVEIRA, Mário Esteves de / GONÇALVES, Pedro / AMORIM, J. Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010.

OLIVEIRA, Mário Esteves de / OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais*

Anotados, Volume I, reimpressão da edição de Novembro/2004, Coimbra, Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de,

- "O acto administrativo contratual", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, pp. 3-17;

- "O Contencioso Urgente da Contratação Pública", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 78, 2009, pp. 3-16;

ORLANDI, Chiara Giovannucci, "L'arbitrage en matiére de travaux publics en Italie", *Revue de L'Arbitrage*, n.º 3, 2001, pp. 485-494.

OTERO, Paulo,

- "Arbitragem interna de litígios de Direito público: a publicização da arbitragem interna de Direito privado", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 179-193;

- "Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Actos Administrativos", *in* SILVA, António Vieira da (Org.), *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 81-91;

- *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992;

- *Direito Constitucional Português*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2010;

- *Direito Constitucional Português*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2010;

- "Equidade e arbitragem administrativa", *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em Homenagem*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 827-854;

- *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2.ª reimpressão da edição de Maio/2003, Coimbra, Almedina, 2011;

- "Os contra-interessados em contencioso administrativo: fundamento, função e determinação do universo em recurso contencioso de acto final de procedimento concursal", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

PALHARES, Ana, "Arbitragem e Renúncia dos Entes Públicos ao Acesso aos Tribunais do Estado", *in* FONSECA, Isabel Celeste da, *A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 41-56.

PENASA, Luca, "L'arbitrato irrituale nelle controversie devolute ala giurisdizione amministrativa", *Diritto processuale amministrativo - Rivista trimestrale*, n.º 4, 2010, pp. 1277-1325.

PEREIRA, Rui Ribeiro, "Breves notas sobre o regime da arbitragem tributária", *in* FONSECA, Isabel Celeste da, *A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 389-406.

PÉREZ, Marta García, "*Arbitraje de Derecho Administrativo en España*", *in* FONSECA, Isabel Celeste da, *A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 311-346.

PIÇARRA, Nuno,

- *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989;

- "A separação de poderes na Constituição de 76. Alguns aspectos", *in* MIRANDA, Jorge (Org.), *Nos Dez Anos da Constituição*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, pp. 145 e ss.

PINHEIRO, Luís de Lima,

- *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2005;

- "Convenção de Arbitragem (aspectos internos e transnacionais)", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 64 (2004), Volume I / II, pp. 125-200.

POLINARI, Jacopo, *Profili sistematici dell'arbitrato nel diritto amministrativo*, 2009, disponível em http://eprints.luiss.it/652/1/polinari-20090701.pdf (consultado em 5.10.2013).

QUADROS, Fausto de,

- "A Arbitragem em Direito Administrativo", *in* VILLA-LOBOS, Nuno de / VIEIRA, Mónica Brito, *Mais Justiça Administrativa e Fiscal - Arbitragem*, 1.ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, pp. 103-112;

- "Arbitragem «necessária», «obrigatória», «forçada»: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos", *in* MIRANDA, Jorge / CANOTILHO, J. Gomes / BRITO, José de Sousa e / BRITO, Miguel Nogueira de / REGO, Margarida Lima / MÚRIAS, Pedro (Orgs.), *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 257-265;

- "A importância hoje da arbitragem em Direito Administrativo", *Newsletter CAAD – Arbitragem Administrativa e Fiscal*, n.º 1, 2013, pp. 10-11, disponível em http://www.caad.org.pt (consultado em 5.10.2013);

- *Direito da União Europeia*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013.

QUADROS, Fausto de / MARTINS, Ana Maria Guerra, *Contencioso da União Europeia*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2007.

QUEIROZ, Cristina,

- *Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000;

- *O princípio da interpretação conforme a Constituição – Questões e Perspectivas*, Porto, 2010, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CQueiroz10.pdf (consultado em 5.10.2013).

RAIMUNDO, Miguel Assis, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos – Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Almedina, 2007.

RANGEL, Paulo Castro, *Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos*, Porto, Publicações Universidade Católica – Porto, 2001.

REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, 3.ª edição, reimpressão, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2012.

RIBEIRO, Vinício, *O Estado de Direito e o Princípio da Legalidade da Administração*, Coimbra, Coimbra Editora, 1979.

ROMANO-TASSONE, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, 2010, disponível em http://www.giustizia-amministrativa.it (consultado em 5.10.2013).

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *Il Diritto dell'Arbitrato*, Terza edizione, CEDAM, 2002.

SAUVÉ, M. Jean-Marc, *L'arbitrage et les personnes morales de droit public*, intervenção proferida em 30 de Setembro de 2009, por ocasião de um colóquio organizado pela

Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public, disponível em http://www.conseil-etat.fr (consultado em 5.10.2013),

SERRA, Manuel Fernando dos Santos, "A Arbitragem Administrativa em Portugal: Evolução Recente e Perspectivas", *in* VILLA-LOBOS, Nuno de / VIEIRA, Mónica Brito, *Mais Justiça Administrativa e Fiscal - Arbitragem*, 1.ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, pp. 11-17.

SCOCA, Stefano Salvatore, "L'Arbitrato nei Contratti Pubblici e L'Insondabile Saggezza del Legislatore", *Diritto processuale amministrativo - Rivista trimestrale*, n.º 4, 2009, pp. 1160-1211.

SILVA, Paula Costa e, "A arbitrabilidade de medidas cautelares", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 63 (2003), Volumes I / II, pp. 211-235.

SILVA, Vasco Pereira da,

- *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003;
- *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*, 2.ª edição (actualizada), Coimbra, Almedina, 2009;
- *Para um contencioso administrativo dos particulares (Esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação)*, Coimbra, Almedina, 1989.

SOUSA, António Francisco de,

- *Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, 2.ª edição (revista e actualizada), Lisboa, Quid Juris, 2010;
- "O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose", *in* MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Reforma do Contencioso Administrativo - O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 401-420.

SOUSA, Jorge Lopes de,

- "Algumas notas sobre o regime da arbitragem tributária", *in* FONSECA, Isabel Celeste da, *A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 227-242;
- "Algumas preocupações sobre o regime da arbitragem tributária", *in* OTERO, Paulo / ARAÚJO, Fernando / GAMA, João Taborda da (Orgs.),

Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Volume V, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 211-231.

SOUSA, Marcelo Rebelo de,

- "Comissões arbitrais, indemnizações e privatizações", *Direito e Justiça*, Volume V, 1991, pp. 91-100;

- "As indemnizações por nacionalizações e as comissões arbitrais em Portugal", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 49 (1989), Volume II, pp. 369-463.

SOUSA, Marcelo Rebelo de / GALVÃO, Sofia, *Introdução ao Estudo do Direito*, Publicações Europa-América, 2.ª edição (revista e aumentada), 1993.

SOUSA, Marcelo Rebelo de / MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª edição, Alfragide, D. Quixote, 2009.

SOUTELINHO, Susana, "A arbitragem tributária – uma realidade?", *in* FONSECA, Isabel Celeste da, *A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 407-416.

STEVANATO, Lorenzo, "Arbitrato e Deroga al Giudizio Amministrativo", *Diritto processuale amministrativo - Rivista trimestrale*, n.º 1, 2004, pp. 122-142.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda, "A arbitragem e os Contratos Administrativos – Projecto de alteração da Lei de Licitações e Contratos", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 17, 1999, pp. 29-32.

TELES, Miguel Galvão, "A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional", *in* DUARTE, Rui Pinto / FREITAS, José Lebre de / NEVES, Vítor Pereira das / ALMEIDA, Marta Tavares de / CRISTAS, Assunção (Orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 251-283.

TELLES, Inocêncio Galvão,

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume 1, reimpressão com notas de actualização, Lisboa, 1988;

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume 2, reimpressão com notas de actualização, Lisboa, 1989.

TRITTMANN, Role / HANEFELD, Inka, "Part II – Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II – Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability", *in* BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz / KRÖLL, Stefan

Michael (Orgs.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Kluwer Law International, 2007, pp. 112-125.

VARELA, Antunes / BEZERRA, Miguel / NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

VENEZIANO, Salvatore, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, 2001, disponível em http://www.giustizia-amministrativa.it (consultado em 5.10.2013).

VENTURA, Raúl, "Convenção de Arbitragem", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), Volume II, pp. 289-413.

VIANA, Cláudia, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007.

VIEIRA, Pedro Siza, *A arbitragem no contencioso administrativo – o projecto de Código de Processo Administrativo* (inédito).

VILLA-LOBOS, Nuno / PEREIRA, Tânia Carvalhais, "Arbitragem tributária: breves notas", *in* FONSECA, Isabel Celeste da, *A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 375-388.

WALD, Arnoldo / KALICKI, Jean, "The Settlement of Disputes between the Public Administration and Private Companies by Arbitration under Brazilian Law", *Journal of International Arbitration*, n.º 26 - 4, Kluwer Law International, 2009, pp. 557-578.

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão do TJ de 16 de Dezembro de 1976, proferido no processo C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG contra Landwirtschaftskammer für das Saarland*, *Col.*, 1976, p. 1989;

Acórdão de 23 de Março de 1982, proferido no processo C-102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH contra Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG.*, *Col.*, 1982, p. 1095;

Acórdão de 17 de Outubro de 1989, proferido no processo C-109/88, *Handels – og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening, agindo por conta de Danfoss*, *Col.*, 1989, p. 3199;

Acórdão de 11 de Agosto de 1995, proferido no processo C-433/93, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Federal da Alemanha*, *Col.*, 1995, p. I-02303;

Acórdão do TJ de 14 de Dezembro de 1995, proferido no processo C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contra Estado Belga*, *Col.*, 1995, p. I-04599

Acórdão de 17 de Setembro de 1997, proferido no processo C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH contra Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, *Col.*, 1997, p. I-4961;

Acórdão de 4 de Fevereiro de 1999, proferido no processo C-103/97, *Josef Köllensperger GmbH & Co. KG e Atzwanger AG contra Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwazz*, *Col.*, 1999, p. I-00551;

Acórdão de 4 de Março de 1999, proferido no processo C-258/97, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) contra Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft*, *Col.*, 1999, p. I-01405;

Acórdão de 1 de Junho de 1999, proferido no processo C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV*, *Col.*, 1999, p. I-3055;

Acórdão de 30 de Maio de 2002, proferido no processo C-516/99, *Walter Schmid*, *Col.*, 2002, p. I-4573;

Acórdão de 27 de Janeiro de 2005, proferido no processo C-125/04, *Guy Denuit e Betty Cordenier contra Transorient - Mosaïque Voyages e Culture SA.*, *Col.*, 2005, p. I-00923;

Acórdão de 13 de Março de 2007, proferido no processo C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd contra Justitiekanslern*, *Col.*, 2007, p. I-02271;

Acórdão de 31 de Maio de 2005, proferido no processo C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e Outros contra GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEVE.*, *Col.*, 2005, p. I-4609;

Acórdão de 14 de Junho de 2007, proferido no processo C-246/05, *Armin Häupl contra Lidl Stiftung & Co. KG.*, *Col.*, 2007, p. I-4673;

Despacho do TJ (Primeira Secção) de 14 de Maio de 2008, proferido no processo C-109/07, *Jonathan Pilato contra Jean-Claude Bourgault*, *Col.*, 2008, p. I-03503.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 81/86, de 12 de Março de 1986;

Acórdão n.º 150/86, de 30 de Abril de 1986;

Acórdão n.º 230/86, de 8 de Julho de 1986;

Acórdão n.º 32/87, de 28 de Janeiro de 1987;

Acórdão n.º 52/92, de 5 de Novembro de 1992;

Acórdão n.º 33/96, de 17 de Janeiro de 1996;

Acórdão n.º 250/96, de 29 de Fevereiro de 1996;

Acórdão n.º 506/96, de 21 de Março de 1996;

Acórdão n.º 311/08, de 30 de Maio de 2008;

Acórdão n.º 230/2013, de 24 de Abril de 2013.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão de 18 de Janeiro de 1996, proferido no processo n.º 088025;

Acórdão de 11 de Março de 1999, proferido no processo n.º 98B1128;

Acórdão de 18 de Maio de 1999, proferido no processo 99A1015;

Acórdão de 10 de Janeiro de 2011, proferido no processo 2207/09.6TBSTB.E1.S1.

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Acórdão de 29 de Abril de 1955, proferido no processo n.º 4238, *Colecção de acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo – Contencioso administrativo*, Volume XXI (1955), Lisboa, Imprensa Nacional, 1957, pp. 326-339;

Acórdão de 23 de Março de 1956, proferido no processo n.º 4592, *Colecção de acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo – Contencioso administrativo*, Volume XXII (1956), Lisboa, Imprensa Nacional, 1958, pp. 250-258;

Acórdão de 19 de Julho de 1956, proferido no processo n.º 838, *Colecção de acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo – Tribunal Pleno*, Volume IX (1956-1957), Lisboa, Imprensa Nacional, 1959, pp. 180-186;

Acórdão de 21 de Março de 1957, proferido no processo n.º 912, *Colecção de acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo – Tribunal Pleno*, Volume IX (1956-1957), Lisboa, Imprensa Nacional, 1959, pp. 354-358;

Acórdão de 14 de Maio de 1998, proferido no recurso n.º 42938, *Apêndice ao Diário da República de 26 de Abril de 2002*, II Volume, pp. 3586-3590;

Acórdão de 11 de Maio de 2005, proferido no processo n.º 289/05.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

Acórdão de 27 de Março de 1974, proferido no recurso n.º 10495, *Boletim do Ministério da Justiça*, 235;

Acórdão de 4 de Junho de 2007, proferido no processo n.º 0733096.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Acórdão de 18 de Maio de 2004, proferido no processo 3094/2004-7;

Acórdão de 20 de Abril de 2006, proferido no processo 3041/2006-2;

Acórdão de 18 de Setembro de 2008, proferido no processo 3612/2008-8.

TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO NORTE

Acórdão de 7 de Março de 2013, proferido no processo n.º 395/07.0BEBRG.

TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL

Acórdão de 11 de Junho de 2007, proferido no processo 01163/05;

Acórdão de 8 de Novembro de 2012, proferido no processo n.º 05507/09.