

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



A ARBITRAGEM NO CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL

MARIANA CABANA

Dissertação de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica

Especialidade de Direito Administrativo

Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação do Senhor
Professor Doutor João Tiago Silveira

Lisboa

2025

“Then, although my experience is so short and my task so new, I have in my parents and grandparents an example which I can follow with certainty and with confidence”.

Queen Elizabeth II

Agradecimentos

Com o fim desta etapa, quero agradecer a todos os que dela fizeram parte e me ajudaram a chegar até aqui, mantendo o foco e a coragem para terminar, mesmo quando tive vontade de desistir.

Ao meu orientador, o Senhor Professor Doutor João Tiago Silveira, pela orientação e pela ajuda.

A toda a minha família, em particular, aos meus pais, à minha irmã e aos avós, por me ajudarem a acreditar que é possível, por serem o meu suporte e por me incentivarem a nunca virar costas ao desafio.

Ao Afonso, por ser *casa*.

Aos meus amigos e, em especial, à Maria Inês, à Madalena, ao Diogo Almeida, ao Diogo Maurício e ao Gonçalo, por estarem sempre lá. À Beatriz Barros Ribeiro, por ser a minha companheira de empreitada.

A todos os meus colegas da Pérez-Llorca e da Gama Glória, pela compreensão e ajuda ao longo do caminho.

A todos aqueles com quem tive a oportunidade de discutir este tema, pela paciência.

Resumo

Este estudo analisa as razões que obstam à eficácia da arbitragem no contencioso pré-contratual em Portugal e, bem assim, as razões pelas quais esta não produziu os resultados esperados, designadamente por que não se tornou uma verdadeira alternativa aos tribunais estaduais para a resolução de litígios nestas matérias.

O estudo começa com uma visão geral da arbitragem, analisando a sua origem, previsão legal e conceitos. Em seguida, versa sobre a arbitragem no âmbito do Direito Administrativo, com destaque para a sua evolução, as disposições legais e desafios específicos com que se encontra confrontada.

No que diz respeito à arbitragem no contencioso pré-contratual, este estudo inclui uma análise estatística, por forma a que se compreendam as razões para a sua escassa utilização. Além disso, são analisados os quadros legais estabelecidos pelos artigos 100.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e pelo artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos, sendo uma importante parte desta investigação a análise das inconsistências entre esses dois regimes.

Para dar a volta aos desafios com que a arbitragem pré-contratual se encontra confrontada, este estudo propõe várias soluções. Entre elas, constam a revisão do artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos e, bem assim, do regime jurídico da arbitragem administrativa em geral e no âmbito do contencioso pré-contratual, previsto Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Outras das soluções prende-se com a possibilidade de introdução da arbitragem necessária para os litígios emergentes durante a formação do contrato e, alternativamente, a criação de entidades administrativas especializadas.

A conclusão do presente estudo procura ser a de incentivar reformas legislativas adequadas e uma abordagem legal unificada para a arbitragem administrativa no contencioso pré-contratual, por forma a que esta se torne num verdadeiro mecanismo de resolução alternativa de litígios em comparação aos tribunais estaduais.

PALAVRAS-CHAVE: arbitragem, contencioso, pré-contratual, contratação pública.

Abstract

This study analyses the reasons that hinder the effectiveness of arbitration in pre-contractual litigation in Portugal, as well as the reasons why it has not produced the expected results, particularly why it has not become a real alternative to the state courts for the resolution of disputes in these matters.

The study begins with an overview of arbitration, analysing its origins, legal framework and key concepts. It then discusses arbitration in the context of administrative law, with a focus on its evolution, legal provisions and the specific challenges it faces.

Regarding arbitration in pre-contractual litigation, this study includes a statistical analysis to understand the reasons for its limited use. Additionally, it examines the legal frameworks established by Articles 100 and onwards of the Code of Procedure in Administrative Courts and by Article 476 of the Public Contracts Code, with a significant part of the research dedicated to analyzing the inconsistencies between these two frameworks.

To overcome the challenges faced by pre-contractual arbitration, this study proposes several solutions. Among them is the revision of Article 476 of the Public Contracts Code, as well as the general legal frameworks for administrative arbitration and its application to pre-contractual litigation, as provided in the Code of Procedure in Administrative Courts. Other proposed solutions include the potential introduction of mandatory arbitration for disputes arising during the formation of the contract and, alternatively, the creation of specialised administrative bodies.

The conclusion of this study is to encourage appropriate legislative reforms and a unified legal approach to administrative arbitration in pre-contractual litigation, so that it becomes a genuine alternative dispute resolution mechanism compared to the courts.

KEYWORDS: arbitration, litigation, pre-contractual, public procurement.

Lista de Abreviaturas

AAFDL: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

CAAD: Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária

CCP: Código dos Contratos Públicos

CE: Comissão Europeia

CEDH: Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Cfr.: confronto

CPC: Código de Processo Civil

CPTA: Código de Processo nos Tribunais Administrativos

ETAF: Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

LADT: Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais

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 29 de agosto

LTC: Lei Orgânica do Tribunal Constitucional

MP: Ministério Público

Op. Cit.: *Opus citatum* (obra citada)

p.: página

pp.: páginas

RJAT: Regime Jurídico da Arbitragem Tributária

ss: Seguintes

STA: Supremo Tribunal Administrativo

TCA: Tribunal Central Administrativo

TFUE: Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE: Tribunal de Justiça da União Europeia

UE: União Europeia

UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law

ÍNDICE

1.	INTRODUÇÃO	10
I.	Apresentação do tema.....	10
II.	Questões.....	14
2.	A ARBITRAGEM EM GERAL	16
2.1.	Aspetos preliminares.....	16
2.1.1.	Origem e previsão legal.....	17
2.1.2.	Conceito de arbitragem.....	22
2.1.3.	Âmbito.....	25
3.	A ARBITRAGEM NO DIREITO ADMINISTRATIVO	27
3.1.	Aspetos preliminares sobre a arbitragem administrativa em Portugal.....	27
3.1.1.	Conceito de arbitragem administrativa.....	27
3.1.2.	Origem e previsão legal.....	31
3.2.	O âmbito de aplicação da arbitragem administrativa no CPTA – artigo 180.º a 187.º.....	38
3.3.	Equidade e possibilidade de existência de julgamento arbitral de acordo com a equidade	56
3.4.	Coercibilidade.....	59
3.5.	No geral – alguns desafios que ainda se colocam à arbitragem administrativa	60
4.	CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL	63
4.1.	Relevância estatística do contencioso pré-contratual.....	65
4.2.	Diretivas Recursos	66
4.3.	Artigos 100.º e ss do CPTA.....	68
5.	A ARBITRAGEM NO CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL: O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL	74
5.1.	Relevância estatística: dados do CAAD	74
5.2.	Previsão do artigo 180.º e ss do CPTA.....	75
5.3.	Condições para utilização da arbitragem no contencioso pré-contratual – o artigo 476.º do CCP 79	
5.3.1.	As dúvidas interpretativas em redor do artigo 476.º, n.º 1, do CCP.....	80
5.3.2.	Uma arbitragem necessária (disfarçada) ou uma arbitragem voluntária? – a questão subjacente ao artigo 476.º, n.º 2, do CCP.....	81
5.4.	Tipos de arbitragem – institucionalizada vs. <i>ad hoc</i>	86

5.5.	Recurso para os tribunais estaduais.....	87
5.6.	Regulamentos de centros de arbitragem	90
5.7.	Panorama – contencioso pré-contratual	92
6.	EFETIVIDADE DA ARBITRAGEM NO CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL: AS RAZÕES PARA A ESCASSA UTILIZAÇÃO	94
6.1.	Enquadramento	94
6.2.	As razões.....	94
6.2.1.	A incompatibilização entre diplomas – o caso específico do contencioso pré-contratual 94	
6.2.1.1.	A (aparente) impossibilidade de recurso à arbitragem para impugnação de normas que surjam no âmbito do processo de formação de contratos.....	96
6.2.1.2.	O regime dos contrainteressados	98
6.2.1.3.	A possibilidade de recurso para os tribunais estaduais	99
6.2.1.4.	O recurso à arbitragem: uma faculdade da entidade adjudicante ou dos particulares? 102	
6.2.1.5.	Impossibilidade de avaliação e aplicação dos requisitos impostos pelos n.ºs 3 e 4, do artigo 476.º do CCP.....	104
6.2.2.	A insuficiência do regime atualmente previsto.....	107
6.2.2.1.	A onerosidade dos tribunais arbitrais e a falta de previsão de apoio judiciário	108
6.2.2.2.	A falta de previsão quanto à fundamentação das decisões	110
7.	SOLUÇÕES.....	113
7.1.	A revisão do modelo atualmente previsto no artigo 476.º do CCP	113
7.2.	A revisão do regime jurídico da arbitragem administrativa constante nos artigos 180.º e ss do CPTA	116
7.3.	A possibilidade de consagração da arbitragem necessária para resolução de litígios emergentes na fase de formação do contrato.....	119
7.4.	Uma alternativa mais ousada... a criação de entidades administrativas especializadas	124
8.	CONCLUSÕES	126
	BIBLIOGRAFIA.....	129
	ANEXO I.....	1

1. INTRODUÇÃO

I. Apresentação do tema

Embora o recurso aos tribunais estaduais¹ continue a ser a principal forma de acesso à justiça em Portugal, sendo a consagração máxima do direito fundamental de acesso à justiça², a verdade é que o estado em que se encontram os tempos de decisão nos tribunais estaduais tem levado os Estados a procurar alternativas ao recurso aos tribunais estaduais³⁻⁴. Portugal tem sido um Estado pioneiro na busca destas soluções, tendo dado grande importância ao desenvolvimento dos mecanismos de resolução alternativa de litígios, designadamente da arbitragem. Em outros países, a resposta às dificuldades cada vez mais notórias dos tribunais estaduais tem sido a de criação de entidades administrativas especializadas (veja-se o exemplo da Alemanha, que tem câmaras de adjudicação de contratos (*Vergabekammer*), que resolvem também os litígios pré-contratuais relacionados com tais contratos), que têm tempos de respostas mais reduzidos aos dos tribunais arbitrais⁵.

A arbitragem, enquanto mecanismo de resolução alternativa de litígios é, nos dias de hoje, um importante mecanismo de alívio das pressões exercidas sobre os tribunais estaduais e de busca pela efetividade da justiça, nas mais diversas áreas do direito. O contencioso administrativo, à semelhança das demais áreas do contencioso, tem também sido afetado pelos constrangimentos que assolam a justiça na atualidade. Assim, também o Direito Público, designadamente o Direito Administrativo, não se revelam imunes à necessidade de recurso a meios de resolução alternativa de litígios, nomeadamente à arbitragem. Porém, e “[d]urante muito tempo existiu uma ideia de que as formas de resolução alternativa de litígios seriam incompatíveis com as questões administrativas, devido à indisponibilidade do interesse público, à submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade e à relação de poder estabelecida entre o

¹ Para efeitos do presente estudo, a referência a “tribunais estaduais” diz respeito aos tribunais que integram a função jurisdicional do Estado.

² Cfr. artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa.

³ ALEXANDRA MARQUES, “A Arbitragem em Matéria Tributária: enquadramento e traços essenciais do regime do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro”, in Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, p. 363.

⁴ JOÃO PACHECO DE AMORIM e BÁRBARA M. SOARES, “Algumas considerações em torno dos centros de arbitragem voluntária institucionalizada e dos respectivos regulamentos arbitrais”, in Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), *A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*, 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 92.

⁵ Sobre o tema vejam-se Notas sobre Procedimentos arbitrais adotadas pela *United Nations Commission on International Trade Law*, acessível em <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/notes-on-organizing-arbitral-proceedings-2023.pdf>, consultado a 12/02/2025.

Estado e os particulares”⁶, questão que se encontra atualmente ultrapassada pelo desenvolvimento da arbitragem administrativa.

Como se disse, Portugal é um Estado pioneiro na busca e concretização dessas soluções. Para comprovar esta afirmação, precisamos somente de olhar, a título de exemplo, para o regime jurídico da arbitragem tributária, que entrou em vigor em 2011, através do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro (doravante, “**Regime Jurídico da Arbitragem Tributária**” ou “**RJAT**”) e que fez da arbitragem tributária pioneira ao nível nacional, mas também a nível internacional, sendo o RJAT um regime jurídico sem paralelo em outras jurisdições.

Na senda da evolução da arbitragem em Portugal, a última década foi de intenso avanço no que respeita aos desenvolvimentos da arbitragem administrativa⁷. Esses desenvolvimentos, impulsionados em parte pelo “frenesim doutrinário e jurisprudencial”⁸, foram e são visíveis através das importantes alterações legislativas, como as introduzidas ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos (doravante, “**CPTA**”), designadamente as introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro e pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro e ao Código dos Contratos Públicos (doravante, “**CCP**”), através do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro e do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, mas também pelas novidades introduzidas pelo RJAT (que muitos entendem que criou um novo paradigma de arbitragem⁹). Estes avanços verificados na arbitragem administrativa têm permitido constatar que não vigora já, em Portugal, um monopólio do Estado no que respeita aos litígios administrativos¹⁰.

Além do intenso desenvolvimento legislativo, os últimos anos têm sido também de marcado labor doutrinário na matéria que nos ocupa: a arbitragem no contencioso pré-contratual, um segmento próprio e específico da arbitragem administrativa, que se refere à aplicação da

⁶ DIOGO CALADO, “Os (outros) meios alternativos de resolução de litígios no CCP: uma primeira análise”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão, Marco Caldeira, (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, p. 993.

⁷ Ao ponto de a mesma ser considerada uma verdadeira alternativa ao exercício da função jurisdicional pelo Estado, assim RICARDO PEDRO, “Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público”, in Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, p. 80.

⁸ ANA CELESTE CARVALHO, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, DAVID PRATAS BRITO, JOSÉ DUARTE COIMBRA, MARCO CALDEIRA, RICARDO PEDRO e TIAGO SERRÃO, *Arbitragem Administrativa: Uma Proposta*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 28.

⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2022, p. 1376.

¹⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Arbitragem e Tribunais Administrativos”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7, 2014, p. 47.

arbitragem a litígios que emergem na fase prévia à celebração de um contrato público. Deste desenvolvimento têm resultado importantes celeumas, que procuraremos analisar e sobre as quais tomaremos uma posição. Tais celeumas, que têm na sua origem questões pertinentes¹¹ e ainda sem resposta no ordenamento jurídico português deverão, a nosso ver, dar lugar a uma nova alteração legislativa que vise harmonizar as atuais previsões legislativas em matéria de arbitragem administrativa, designadamente as que se referem ao contencioso pré-contratual. Através de tal alteração deve procurar-se também esclarecer as questões que têm vindo a ser erigidas pela doutrina e que obstam à maior utilização e generalização da arbitragem no contencioso pré-contratual¹²⁻¹³.

É ainda de assinalar que, não obstante o esforço legiferante que tem sido feito relativamente à arbitragem administrativa, a verdade é que em virtude da instabilidade, incoerência e incompatibilização legislativa, da profunda dispersão das regras em matéria de arbitragem administrativa¹⁴ e do antagonismo entre as soluções previstas no CPTA, no CCP e na Lei da Arbitragem Voluntária¹⁵ (doravante, “LAV”) com que os aplicadores do direito se encontram confrontados – aspetos a que teremos oportunidade de fazer referência ao longo deste estudo – , apesar de se encontrar hoje prevista como um mecanismo de resolução alternativa de litígios, a arbitragem no contencioso pré-contratual ainda não é utilizada como uma verdadeira alternativa ao recurso aos tribunais estaduais, o que se representa um constrangimento, já que, por uma questão de maior segurança ou conforto, as entidades administrativas e os particulares continuam a preferir essa forma tradicional de resolução de litígios, ainda que menos eficiente ou expedita. A questão é ainda agravada pelo facto de o legislador continuar, em matérias de Direito Administrativo, designadamente de contencioso pré-contratual a equacionar o recurso à arbitragem como uma mera possibilidade/faculdade, o que, em nosso entender, é sintomático da desconfiança existente em relação à arbitragem, mais precisamente à arbitragem *ad hoc*¹⁶

¹¹ Como, de resto, foi reconhecido na nota da Presidência da República, a 2 de agosto de 2017, aquando da promulgação do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, nos termos da qual: “Não obstante, persistem soluções juridicamente questionáveis, de que o regime de arbitragem pode constituir um exemplo”.

¹² ADOLFO MESQUITA NUNES, “A imperfeição da urgência pré-contratual no nosso contencioso”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, janeiro-abril 2020, Lisboa, AAFDL Editora, p. 38.

¹³ MARCO CALDEIRA, “A Arbitragem no Código dos Contratos Públicos”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, (coord.), *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, p. 367.

¹⁴ Cfr. RUI MEDEIROS, “Nem oito nem oitenta...A propósito da proposta de uma LAV para as arbitragens administrativas”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, janeiro-abril 2020, Lisboa, AAFDL Editora, p. 70.

¹⁵ Aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

¹⁶ Ou arbitragem não institucionalizada.

(relativamente à arbitragem institucionalizada¹⁷). Tal desconfiança, como teremos oportunidade de analisar em maior profundidade ao longo do presente estudo, é passível de ser observada em diversas disposições legais e, na nossa perspetiva, seria apenas ultrapassada se no que respeita à arbitragem administrativa – designadamente a arbitragem no contencioso pré-contratual – existissem previsões legais capazes de levar a bom porto a utilização desse mecanismo de resolução alternativa de litígios.

Todos estas questões são sintomáticas de que algo não está bem e geram dúvidas sobre a matriz da arbitragem administrativa¹⁸, mais concretamente da arbitragem no contencioso pré-contratual.

Ademais, e como teremos oportunidade de densificar ao longo do presente estudo, não se pode ignorar que as soluções legais atualmente previstas em matéria de arbitragem no contencioso pré-contratual são passíveis de levantar problemas de conformidade quer com a Constituição da República Portuguesa, quer com o Direito da União Europeia, o que resulta em mais um entrave à utilização plena da arbitragem no contencioso pré-contratual.

Em nossa opinião, e sem prejuízo de darmos nota positiva ao esforço evolutivo em temas relacionados com a arbitragem administrativa, é na arbitragem no âmbito do contencioso pré-contratual – novidade introduzida em 2015, com a alteração ao CPTA¹⁹ – que continuam a surgir as questões mais difíceis de ultrapassar e em relação às quais a legislação atualmente em vigor continua ainda a não ser totalmente clara. É em virtude das dificuldades que encontramos associadas à efetividade atual da justiça levada a cabo pelos tribunais administrativos e às dificuldades associadas à previsão e utilização da arbitragem no contencioso pré-contratual que procuraremos desenvolver o nosso estudo e procurar soluções que ajudem na resolução das mesmas. Não estamos, por isso, já a tratar problemas que se prendem com a admissibilidade da

¹⁷ TIAGO SERRÃO, “A Arbitragem no CCP Revisto”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão, Marco Caldeira, (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, p. 972.

¹⁸ Dúvidas essas que, não raras as vezes, surgem da inevitável comparação feita entre a arbitragem administrativa e o exercício da mesma função pelos tribunais estaduais, mas também pelas particulares exigências a que se encontram sujeitas as relações jurídico-administrativas.

¹⁹ Até 2015, o artigo 180.º do CPTA apenas se referia à possibilidade de recurso à arbitragem em determinados casos: em questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de atos administrativos relativos à respetiva execução; questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso; questões relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva; e litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estivessem em causa direitos indisponíveis e quando não resultassem de acidente de trabalho ou de doença profissional.

arbitragem administrativa ao nível do contencioso administrativo no geral, ou mesmo do contencioso pré-contratual, em especial, mas sim problemas que se prendem com a sua efetiva utilização e que obstam ao cumprimento do seu desígnio constitucional²⁰.

II. Questões

São as questões que ainda se colocam ao nível da arbitragem no contencioso pré-contratual que servem de mote a este estudo. Como tal, nele propomo-nos a responder às seguintes questões: *Quais as razões pelas quais a arbitragem pré-contratual não tem dado os resultados esperados, designadamente de funcionar como um verdadeiro mecanismo de resolução alternativa de litígios face ao recurso aos tribunais estaduais administrativos? É possível ultrapassar os entraves existentes atualmente? Se sim, quais os mecanismos para o fazer?*

Por uma questão de economicidade do presente estudo, importa desde já clarificar que o mesmo não consiste numa análise da arbitragem em geral, ou mesmo da arbitragem administrativa. A elas apenas dedicaremos algumas referências (não exaustivas) para efeitos de enquadramento às questões a que visamos dar resposta com este estudo.

De destacar é também que focaremos a nossa atenção nas questões em torno da arbitragem no contencioso pré-contratual na ordem jurídica interna, ficando fora do nosso escopo deste estudo a análise de regimes jurídicos de direito comparado.

Fora do âmbito do nosso estudo fica também a arbitragem de litígios resultantes de relações jurídicas de direito privado em que a Administração Pública é parte.

Em termos de metodologia, começaremos por fazer uma abordagem genérica ao regime da arbitragem em geral e da arbitragem no Direito Administrativo, bem como ao regime do contencioso pré-contratual, sempre tendo presente que não é esse o foco do presente estudo. Posteriormente, dedicaremos a nossa atenção ao regime da arbitragem no contencioso pré-contratual, por forma a que consigamos identificar as principais dificuldades com que tal regime se encontra confrontado. Em seguida, procuraremos descortinar quais as razões para a falta de efetividade da arbitragem no contencioso pré-contratual, aludindo às razões para a sua escassa

²⁰ Problemas que, como ensina RICARDO PEDRO, são problemas de “segunda geração sobre arbitragem administrativa”. Cfr. RICARDO PEDRO, “Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de direito administrativo, em especial em matéria de contratos públicos: entre a efetividade e as dúvidas... e notas breves sobre a proposta de Lei n.º 168/XIII”, *Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, pp. 51-52.

utilização nos dias de hoje. Por fim, apresentaremos aquelas que identificamos serem potenciais soluções para as questões identificadas ao longo do nosso estudo.

2. A ARBITRAGEM EM GERAL

2.1. Aspetos preliminares

Como se disse na introdução deste estudo, o mesmo não tem como propósito ser um estudo sobre a arbitragem em geral, a sua evolução ou regime jurídico²¹, mas apenas de abordar tal tema como ponto de partida e enquadramento para a questão a que pretendemos dar resposta. É impossível compreender e responder à nossa questão de estudo, sem antes percorrermos, ainda que de forma breve e direta, o conceito de arbitragem, bem como a sua evolução e o seu regime jurídico em Portugal, algo que nos propomos agora a fazer.

Como se compreenderá ao longo deste estudo, e à semelhança do que acontece com a generalidade das questões jurídicas que não têm uma definição multijurisdicional, a definição de arbitragem e, bem assim, do que é um litígio arbitrável, variam de jurisdição para jurisdição em função da legislação aplicável²². Tal justifica que, no que respeita à arbitragem, não existam conceitos ou regimes jurídicos análogos.

A arbitragem está definida no dicionário da língua portuguesa como “1. atividade de árbitro 2. jurisdição exercida por juízes não profissionais 3. procedimento extrajudicial pelo qual as partes em litígio concordam em submeter-se à decisão de um ou mais árbitros; julgamento por árbitro(s) 4. intervenção do tribunal arbitral 5. mediação imparcial para resolver um litígio”²³.

Antes que se avance mais importa compreender qual a origem da arbitragem, qual a sua previsão legal, mas também qual o seu conceito legal.

²¹ Muitos autores já o fizeram e com bastante mais conhecimento e perícia. Para o efeito, remetemos para todos os artigos e obras identificados na bibliografia do presente estudo, sob pena de um elenco nesta sede incompleto de todas as obras relevantes sobre a matéria.

²² A título meramente exemplificativo, no ordenamento jurídico espanhol, a arbitragem é definida pela doutrina como sendo um “método heterocompositivo y convencional de resolución de conflictos intersubjetivos”. JUAN ROSA MORENO, “El arbitraje en el Derecho Administrativo Español” in Nuno de Villa-Lobos, Mónica Brito Vieira, (org.), *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 181.

²³ Resultados constantes do dicionário da Língua Portuguesa da Porto Editora, acessível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/arbitragem>, consultado a 12/02/2025.

2.1.1. Origem e previsão legal

A arbitragem, enquanto mecanismo de resolução alternativa de litígios, está instituída em Portugal há várias décadas. Contudo, a sua origem remota às Ordenações nas leis de processo civil²⁴.

Posteriormente, na Constituição de 1822, no seu artigo 194.º, se podia ler que: “Nas causas cíveis e nas penas civilmente intentadas é permitido às partes nomear Juízes árbitros para as decidirem”²⁵ (destaque nosso).

Mais tarde, em 1982, na revisão da Constituição da República Portuguesa, a arbitragem ficou reconhecida como uma forma de exercício da função jurisdicional, «[a]o incluir os tribunais arbitrais no elenco das categorias de tribunais, ou seja, dos “órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo (...)»²⁶.

Com a revisão constitucional de 1997, a Constituição da República Portuguesa passou a ser clara quanto à admissão dos tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais no âmbito do ordenamento jurídico português.

Atualmente, e sem prejuízo da reserva de jurisdição estadual²⁷ prevista no artigo 202.º da Constituição da República Portuguesa, o assento constitucional da arbitragem consta do artigo 209.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, que reconhece a possibilidade de serem criados tribunais arbitrais que devem, nos termos do artigo 20.º do mesmo diploma, assegurar

²⁴ ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A Arbitragem na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7, 2014, p. 123.

²⁵ JORGE MIRANDA, *As Constituições Portuguesas*, 6.ª edição, Cascais, Principia, 2013, p. 74.

²⁶ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A Arbitragem dos Litígios entre Particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo”, *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, Coimbra, 2014, p. 688.

²⁷ Em virtude do qual “[a] Constituição pretendeu, deste modo, instituir a reserva de competência para o exercício da função jurisdicional em favor exclusivamente dos tribunais”. Cfr. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Reserva de jurisdição estadual e limites à arbitragem administrativa”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. X, 2017, p. 97 e 99.

o direito de acesso ao Direito²⁸⁻²⁹ e a tutela jurisdicional efetiva, sendo, nesse âmbito, os tribunais arbitrais “concorrentes diretos” dos tribunais estaduais³⁰.

Sem prejuízo da previsão constitucional dos tribunais arbitrais, a nossa Lei Fundamental não densifica o conceito de “tribunal arbitral”, nem tão-pouco o faz o Tribunal Constitucional tendo este, nos seus acórdãos, remetido para a definição de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA³¹.

Como ensina VITAL MOREIRA³², qualquer Estado de Direito, para ser chamado assim, deve assegurar não apenas um sistema público de justiça, mas também um direito de acesso aos tribunais. À semelhança dos tribunais estaduais, os tribunais arbitrais têm poderes para conhecer e recusar a aplicação de normas que entendam ser inconstitucionais, nos termos do artigo 204.º da Constituição da República Portuguesa, mas também de recusar a aplicação de normas que entendam ser ilegais, nos termos do artigo 280.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa. Por isso, em nosso entender, o recurso aos tribunais arbitrais deve ser visto como uma forma de concretização do direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva e já não como uma renúncia a tal direito³³. Tendo em conta o que se acaba de referir é com razão que LUÍS CABRAL DE MONCADA afirma que “[a]pesar de a constituição dos tribunais arbitrais pressupor um acordo entre as partes interessadas, a arbitragem tem natureza jurisdicional e não contratual”³⁴.

²⁸ Como ensina FILIPE BRITO BASTOS tem-se assistido «[r]ecentemente a uma tendência para considerar que, afinal, não é o direito de acesso ao Direito que é instrumental para o direito de acesso aos tribunais, mas que, ao invés, o acesso ao tribunal estadual é “ainda a principal via de acesso ao direito”». Cfr. FILIPE BRITO BASTOS, “A arbitragem em Direito Administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses”, in Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, p. 85.

²⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28/05/2015, proferido no âmbito do processo n.º 2040/13.0TVLSB.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt.

³⁰ Como ensina MIGUEL GALVÃO TELES, os tribunais arbitrais surgem consagrados no artigo 209.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa como alternativa às “[c]ategorias de tribunais cuja existência é necessária.” Cfr. “A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional”, in José Lebre de Freitas, Rui Pinto Duarte, Assunção Cristas, Vitor Pereira das Neves, Marta Tavares de Almeida, (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, p. 264-265.

³¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 757/95, de 20 de dezembro de 1995, Conselheiro Guilherme da Fonseca, processo n.º 128/94 e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 262/98, de 5 de março de 1998, Conselheiro Alves Correia, processo n.º 140/95, todos acessíveis em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>.

³² VITAL MOREIRA, “Tribunais arbitrais e direito de acesso à justiça: uma perspetiva constitucional”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 9, 2016, p. 124.

³³ MIGUEL GALVÃO TELES, “A independência e imparcialidade *Op. Cit.*, p. 270.

³⁴ LUÍS CABRAL DE MONCADA, “A arbitragem no direito administrativo; uma justiça alternativa”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano 7, 2010, pp. 171-186, acessível em https://sigarra.up.pt/flup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49847, p. 173, consultado a 12/02/2025.

Apesar da sua consagração constitucional, os tribunais arbitrais não são totalmente equiparados, ao nível dos poderes de que dispõe, aos tribunais estaduais. Desde logo porque não dispõem de todas as prerrogativas de que dispõe os tribunais estaduais, isto é, não dispõem de poder para fazer executar as suas decisões, não têm poder para intimar as testemunhas a comparecer em juízo ou para sancionar a sua falta. Mas também porque nos litígios que dirimem não é admitida a intervenção do Ministério Público (doravante, “MP”) enquanto defensor da legalidade³⁵. Sem prejuízo, e como entendeu FAUSTO DE QUADROS a circunstância de os tribunais arbitrais “[p]oderem ser criados mas não estarem à partida criados ao contrário do que sucede com os tribunais do Estado, em nada altera a sua natureza substantiva”³⁶ e essa natureza assegura, de igual modo, um acesso igual à justiça. Do que se acaba de referir decorre que só podemos discordar da doutrina que entende que “[a] justiça arbitral poderá ser compreendida como um movimento paralelo de privatização material das tarefas públicas de administração da justiça”³⁷. Pelo contrário, a arbitragem assegura o exercício da função jurisdicional, em tribunais de pleno direito, sujeitos a regras, princípios e critérios idênticos àqueles a que se encontram sujeitos os tribunais estaduais³⁸⁻³⁹. Parece-nos que assim mesmo entendem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA ao referirem que “[n]ão está em causa a privatização da função jurisdicional, como sugerem alguns, com base numa discutível natureza jusfundamental da arbitragem, mas sim a cooperação do Estado com os particulares no âmbito do exercício da função jurisdicional da arbitragem”⁴⁰.

Ainda no plano da constitucionalidade, outra questão que dividiu a doutrina e que levou o Tribunal Constitucional a tomar uma posição sobre o tema, prendeu-se com a criação de tribunais arbitrais em casos de arbitragem necessária: a criação de um tribunal arbitral necessário integra a reserva de lei parlamentar, nos termos do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa ou pode ser regido por decreto-lei não autorizado do Governo?

³⁵ A ausência de representação do Ministério Público foi já abordada pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República – Parecer n.º 74/1991, de 21 de novembro (acessível em <https://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr/8455>) e Parecer n.º 114/2003, de 11 de março (acessível em <https://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr/1069>) – que assumiu que “A lei só prevê que o MP represente organicamente o Estado-Administração junto dos tribunais judiciais e administrativos em que funcione”.

³⁶ FAUSTO DE QUADROS, “Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7, 2014, p. 9.

³⁷ FILIPE BRITO BASTOS, “A arbitragem em Direito Administrativo *Op. Cit.*, p. 80.

³⁸ Nesse sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Arbitragem e Tribunais Administrativos *Op. Cit.*, pp. 47-48.

³⁹ Cfr. LUÍS CABRAL DE MONCADA, “A arbitragem no direito administrativo *Op. Cit.*”.

⁴⁰ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, Volume II, p. 507.

Inicialmente, o Tribunal Constitucional adotou duas teses antagónicas entre si. Por um lado, uma tese formalista, que encontrava respaldo no Acórdão n.º 114/98⁴¹, nos termos da qual: “De facto, quer se trate de tribunal arbitral necessário - e desde que se aceite a legitimidade constitucional de uma jurisdição arbitral necessária, questão que não importa abordar nesta sede - quer se trate de um mero tribunal arbitral voluntário, a verdade é que a sua criação e competência estão, em qualquer caso, submetidas à reserva relativa de competência da Assembleia da República”. De outro lado, uma tese gradualista, evidenciada no Acórdão n.º 230/86⁴², nos termos da qual nem todas as matérias relativas aos tribunais arbitrais caem na competência legislativa do Governo. Assim mesmo defendeu o Conselheiro José Manuel Cardoso Costa no seu voto de vencido no mencionado acórdão, tendo referido para o efeito que: “Dizer isto, porém, não significa que seja legítimo ao Governo legislar, através de decretos-leis não autorizados, em toda a matéria relativa a tribunais arbitrais. É que - e esse, justamente, o nosso ponto de vista - a reserva do artigo 168º, alínea q), ainda aí opera indirectamente, na medida em que exige uma intervenção da Assembleia da República sempre que a legislação sobre aqueles tribunais afecte ou contenda com a definição da competência dos tribunais estaduais. Com a definição dessa competência - bem entendido - naquele nível ou grau em que ela entra na reserva parlamentar - e que não será um qualquer”. Mais tarde, no Acórdão n.º 32/87, o Tribunal Constitucional veio mesmo tomar posição pela primeira posição, isto é, a tese formalista. Esta decisão mereceu críticas da doutrina⁴³.

Na perspetiva do Direito da União Europeia, discutiu-se se os tribunais arbitrais deveriam ser considerados órgãos de natureza jurisdicional de um Estado-Membro para efeitos do artigo 267.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, “TFUE”). Um tribunal é, nos termos do artigo 267.º do TFUE, «[u]m organismo criado por lei, permanente e independente, encarregado da resolução de litígios definidos em termos gerais, que está vinculado a regras que regem os processos contraditórios semelhantes às utilizadas pelos tribunais ordinários, na medida em que atua como “órgão jurisdicional adequado” para os

⁴¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 114/98, de 4 de fevereiro de 1998, Conselheiro Ribeiro Mendes, processo n.º 529/97, acessível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos.

⁴² Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86, 8 de julho de 1986, Conselheiro Martins da Fonseca, processo n.º 178/84, acessível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos.

⁴³ Veja-se, para o efeito, a posição defendida por CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Problemas Constitucionais da Arbitragem Necessária em Portugal”, in Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira (org.), *Arbitragem em Direito Público*, CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa, FGV Projetos, pp. 36-46, acessível em https://projetos.fgv.br/sites/default/files/2024-03/fgv_publicacao_arbitragem_miolo.pdf, consultado a 12/02/2025.

litígios em questão, o que significa que as partes devem ser obrigadas a recorrer ao tribunal para a resolução do seu litígio e que a sua determinação deve ser vinculativa e está vinculada à aplicação das regras de direito»⁴⁴. Em 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, “TJUE”) em acórdão proferido no caso *Ascendi*⁴⁵, entendeu que o Tribunal Arbitral Tributário era considerado um órgão jurisdicional para efeitos do artigo 267.º do TFUE. Para tanto, enunciou um conjunto de razões. Em primeiro lugar, entendeu que o Tribunal Arbitral Tributário tinha origem legal e encontrava a sua previsão quer no artigo 209.º da Constituição da República Portuguesa, quer no artigo 1.º do RJAT. Em segundo lugar, entendeu que no sistema de resolução jurisdicional de conflitos no domínio fiscal, os tribunais arbitrais em matéria tributária satisfazem a exigência de permanência. Em terceiro lugar, quanto à vinculatividade das decisões deste tribunal arbitral, o TJUE entendeu que as decisões eram vinculativas para as partes e a sua competência não dependia do acordo destas. Em quarto lugar, esclareceu que nestes tribunais é também assegurada a natureza contraditória do processo. Em quinto lugar, o TJUE considerou, quanto à independência dos árbitros e do Tribunal Arbitral Tributário, que os árbitros foram designados nos termos do RJAT de entre os árbitros que constam de uma lista do CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa (doravante, “CAAD”) e ainda que estes estão sujeitos aos princípios da imparcialidade e independência. O TJUE referiu que os tribunais arbitrais em matéria tributária pronunciam-se no âmbito de um processo que conduz a uma decisão de carácter jurisdicional. Assim sendo, a conclusão do referido acórdão foi a de que, atualmente, é inquestionável que os tribunais arbitrais são considerados órgãos de natureza jurisdicional de um Estado-Membro para efeitos do disposto no artigo 267.º do TFUE.

Voltando à evolução da arbitragem, no plano da legislação infraconstitucional, a arbitragem encontrou a sua primeira previsão legal nas Três Reformas Judiciárias, que consagraram a instância arbitral. Mais tarde, em 1876, o Código de Processo Civil, continha alguns artigos expressamente dedicados à arbitragem⁴⁶. Em 1939, o Código de Processo Civil continha um livro (artigos 1561.º a 1580.º) apenas referente à arbitragem, que debruçava, quer sobre a arbitragem necessária, quer sobre a arbitragem voluntária e ao longo de outros artigos do

⁴⁴ KOEN LENAERTS, IGNACE MASELIS, KATHLEEN GUTMAN, *EU Procedural Law*, 1st edition, Oxford, 2014, p. 53.

⁴⁵ Acórdão do TJUE, proferido no âmbito do processo n.º C-377/13c, 12 de junho de 2014, acessível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153582&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2170932>.

⁴⁶ Destaque para a Secção III, do Capítulo II (Da Competência).

Código eram feitas referências expressas. A maior parte das previsões do Código de Processo Civil de 1939 foram transpostas para o Código de Processo Civil de 1961.

Apesar da evolução que foi acontecendo, só chegados a 1986 é que foi publicada a primeira lei dedicada exclusivamente à arbitragem, a lei da arbitragem voluntária, aprovada pela Lei n.º 31/86, de 29 de agosto (doravante, “**LAV de 1986**”). Essa lei manteve-se em vigor durante 25 anos, tendo sido substituída apenas em 2011 pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, a LAV.

2.1.2. Conceito de arbitragem

Como já se antecipou, atualmente, a arbitragem é entendida, pela generalidade da doutrina, como um meio alternativo de resolução de litígios⁴⁷ e utilizado “[q]uer por bloqueio dos sistemas formais de realização do Direito (...) quer por necessidade de contração dos gastos públicos com a máquina judicial e consequente implementação de incentivos no recurso a sistemas não estaduais de resolução de litígios, quer por desconfiança nas estruturas estaduais de decisão quer, por último, por prevalência de ponderações que apelam à resolução por via autónoma em vez da clássica decisão heterónoma, (...)”⁴⁸⁻⁴⁹.

Apesar de alinharmos com a generalidade da doutrina e olharmos para a arbitragem como uma via alternativa ao recurso aos tribunais estaduais, nem todos pensam assim. PAULA COSTA E SILVA entende que a só há uma verdadeira alternativa quando “[t]odos os meios em concurso forem funcionalmente equivalentes (...)”⁵⁰ o que, na opinião da autora, não acontece em Portugal, já que o recurso aos tribunais estaduais é prejudicado por fatores como o custo no acesso, a delonga para adoção de decisões. Por isso, o recurso aos meios alternativos acaba por ser necessário ou inevitável.

⁴⁷ Segundo MANUEL PEREIRA BARROCAS “A arbitragem constitui um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efetuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuído por convenção das partes”. Cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem – LAV de 2011 Revisto e Atualizado*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, p. 33.

⁴⁸ PAULA COSTA E SILVA, *Estudos de Arbitragem*, Volume I, 1.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 493-494.

⁴⁹ ANTÓNIO DE MAGALHÃES CARDOSO e SARA NAZARÉ, “A arbitragem necessária – natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão”, in Agostinho Pereira de Miranda, Miguel Cancellata de Abreu, Paula Costa e Silva, Rui Pena, Sofia Martins, (org.), *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, 1.ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2015, pp. 33-34.

⁵⁰ PAULA COSTA E SILVA, *Estudos de Arbitragem Op. Cit.*, p. 498.

Importa também destacar que a arbitragem se distingue, pelas suas características, de outros mecanismos de resolução alternativa de litígios⁵¹. Desde logo, distingue-se da transação, já que neste mecanismo de resolução alternativa de litígios as partes chegam a acordo entre si, sem necessidade de intervenção de um terceiro⁵². Assim, o acordo é alcançado com cedências recíprocas de ambas as partes. Com efeito, é o facto de na arbitragem o litígio ser resolvido por um terceiro – o árbitro – e não alcançado com cedências das partes sobre os seus direitos que se justifica que existem litígios que podem ser decididos com recurso à arbitragem e já não com recurso à transação, designadamente os litígios relacionados com a legalidade de atos administrativos. Depois, distingue-se ainda da mediação (tal como definida no artigo 2.º, alínea a)⁵³, da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública) já que também aqui o mediador procura a solução para o litígio mantendo-se sempre numa posição neutra e imparcial. Por fim, distingue-se da conciliação já que apesar de o recurso a este mecanismo também envolver a intervenção de um terceiro (o juiz), essa intervenção encontra-se limitada a promover o contacto entre as partes, por forma a que elas próprias cheguem a acordo sobre o objeto do litígio⁵⁴. Ora, na arbitragem “[o] terceiro é chamado a decidir efetivamente e, portanto, a resolver ele próprio o litígio, definindo os termos da sua composição com autoridade de caso julgado, como se de um tribunal estadual se tratasse. A arbitragem distingue-se, assim, pela qualidade em que o terceiro é chamado a intervir”⁵⁵ e caracteriza-se pelo facto de ser um mecanismo de resolução alternativa de litígios judicial, ao passo que os demais meios são meios de composição alternativa de litígios que não são judiciais⁵⁶.

⁵¹ Sobre o assunto, cfr., CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Reserva de jurisdição estadual e *Op. Cit.*, p. 100.

⁵² Desta distinção resulta que a arbitragem é um mecanismo heterocompositivo de resolução de litígios.

⁵³ Nos termos do qual: “«Mediação» a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.

⁵⁴ O conciliador tem um papel mais ativo do que o mediador na procura da solução para o conflito, mas deve manter sempre uma posição neutra e imparcial.

⁵⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, in Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho, José Sousa e Brito, Miguel Nogueira de Brito, Margarida Lima Rego, Pedro Múrias, *Estudos de Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2012, p. 18.

⁵⁶ FERNANDA PAULA OLIVEIRA e CARLA MACHADO, “Existirá em Portugal uma (efetiva) justiça administrativa alternativa?”, *Revista Internacional de Arbitragem e de Conciliação*, n.º 19, 2023, p. 20.

Ainda que nos refiramos genericamente ao conceito de arbitragem, dentro deste é ainda possível distinguir entre arbitragem voluntária e arbitragem necessária. Como os próprios conceitos indicam a arbitragem é voluntária sempre que o recurso a este mecanismo de resolução de litígios decorra da vontade das partes e é necessária quando o recurso à mesma decorre de uma imposição da lei e afasta o recurso a tribunais estaduais ou à arbitragem voluntária. A arbitragem necessária foi controversa no ordenamento jurídico português, uma vez que levantava questões de constitucionalidade, mas a doutrina e o próprio Tribunal Constitucional viriam a admitir a sua constitucionalidade, desde que fosse assegurado o recurso das decisões proferidas no âmbito da arbitragem necessária para os tribunais estaduais⁵⁷.

Além disso, dentro da arbitragem necessária e da arbitragem voluntária é possível distinguir entre arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucionalizada. A arbitragem *ad hoc* ocorre quando cabe às partes a constituição do tribunal arbitral, a escolha dos árbitros, bem como as regras pelas quais o julgamento do litígio se pautará, sem recurso a nenhuma entidade externa. Já a arbitragem institucionalizada ocorre em centros de arbitragem pré-existentes com regras e regulamentos próprios⁵⁸⁻⁵⁹.

Apesar de o presente estudo, pela natureza do seu objeto, se aproximar mais da arbitragem voluntária – já que a arbitragem no contencioso pré-contratual é, numa primeira análise, que teremos oportunidade de discutir, uma arbitragem de cariz voluntário – na fase inicial do estudo em que nos encontramos importa ter presente que apesar de a arbitragem ser, em nosso entender, o verdadeiro mecanismo de resolução *alternativa* de litígios, a verdade é que a arbitragem necessária existe e são várias as áreas do direito que lançam mão da sua utilização. A título meramente exemplificativo vejam-se os litígios desportivos submetidos ao Tribunal Arbitral do Desporto (doravante, “**TAD**”) (cfr. artigo 4.º da Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, que cria o Tribunal Arbitral do Desporto e aprova a respetiva lei⁶⁰) e os litígios laborais (cfr.

⁵⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/2013, de 24 de abril de 2013, Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, processo n.º 279/2013, acessível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>.

⁵⁸ Sobre a distinção, cfr. JOÃO PACHECO DE AMORIM e BÁRBARA M. SOARES, “Algumas considerações em torno dos centros de arbitragem *Op. Cit.*, p. 94.

⁵⁹ Sobre a distinção, ver ainda MARGARET L. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, Cambridge, 2024, pp. 10-11.

⁶⁰ A criação do TAD, tal como hoje se encontra consagrado hoje na Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, não foi isenta de críticas. O Tribunal Constitucional chegou inclusive a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da solução. Sobre o tema, cfr. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “O Novo Regime Jurídico da Resolução de Conflitos Desportivos no Direito Administrativo: sobre a Arbitragem Necessária e a Mediação no Tribunal Arbitral do Desporto”, in Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, pp. 403 e ss.

artigos 510.º e 511.º do Código do Trabalho⁶¹). Nestes casos, as partes estão vinculadas ao recurso aos tribunais arbitrais para a resolução de tais conflitos, sem possibilidade de recurso aos tribunais estaduais.

2.1.3. Âmbito

Para que possamos compreender qual o âmbito da arbitragem, importa ter presente que a arbitrabilidade de um litígio compreende dois âmbitos: *i*) o âmbito subjetivo (ou arbitrabilidade subjetiva) e se refere à natureza das pessoas que lançam mão da arbitragem; *ii*) o âmbito objetivo, que diz respeito aos litígios que são passíveis de serem submetidos à arbitragem.

Pela relevância da questão e tendo em conta o objeto do presente estudo, focaremos a nossa atenção na arbitrabilidade objetiva. Do ponto de vista do âmbito objetivo da arbitragem em geral, existem vários critérios que podem ser aplicados. Em Portugal, a evolução da arbitragem foi também acompanhada pela evolução dos critérios de arbitrabilidade utilizados⁶². Inicialmente, a LAV de 1986, no seu artigo 1.º, n.º 1, fazia referência ao critério da disponibilidade do direito. Mais tarde, a LAV (de 2011) passou a referir-se, no seu artigo 1.º, n.º 1, ao critério patrimonial do litígio⁶³. De acordo com o primeiro critério enunciado, o litígio é passível de ser submetido à arbitragem se o tiver por base um direito de que as partes podem livremente dispor. Já de acordo com o segundo critério, o litígio é suscetível de ser submetido à arbitragem se ao objeto do litígio for possível atribuir um valor monetário.

Conforme referido, ao passo que na arbitragem em geral o critério para a sujeição dos litígios a arbitragem se encontra no artigo 1.º, n.º 1, da LAV, nos termos do qual: “Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros”, consubstanciando, do nosso ponto de vista, uma solução híbrida entre o critério da patrimonialidade do litígio e o critério da transigibilidade, na arbitragem administrativa, o critério aplicável encontra-se no artigo

⁶¹ Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

⁶² ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios Op. Cit.*, p. 34.

⁶³ Que, na opinião de alguma doutrina, é o “[c]ritério arbitrabilidade de aplicação mais simples e segura e, por essa razão, o mais adequado para se determinar quais os litígios que podem ser submetidos a árbitros”. Cfr. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Vol. III, dezembro de 2006, pp. 1233 e ss.

1.º, n.º 5, da LAV, nos termos da qual existe uma permissão genérica de recurso à arbitragem, que é limitada pelo objeto e natureza do litígio em questão⁶⁴.

Assim, é possível concluir que os tribunais arbitrais com competência própria para julgar os litígios que são sujeitos à sua jurisdição, concretizam a liberdade de forma do direito de acesso ao Direito, decidem sobre os litígios que lhes são sujeitos de forma vinculativa e imparcial, sendo as suas decisões equiparadas às adotadas pelos tribunais estaduais, isto é, são definitivas e vinculativas, não apenas para as partes como para terceiros.

⁶⁴ Alguns autores referem-se ao “critério do legislador ou da opção política”. Cfr. JOSÉ MIGUEL VITORINO, “Contributo para a construção de um critério de arbitrabilidade na arbitragem de Direito Administrativo”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 10, 2017, p. 141. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 531-532.

3. A ARBITRAGEM NO DIREITO ADMINISTRATIVO

3.1. Aspectos preliminares sobre a arbitragem administrativa em Portugal

Importa começar por deixar claro que no presente estudo nos referimos à arbitragem no Direito Administrativo ou arbitragem administrativa, por entendermos que esta é especial e autónoma em relação à arbitragem em geral – à semelhança do que acontece com a especialidade da jurisdição administrativa, que tem características e regras próprias que impõe a sua autonomia⁶⁵ –, razão pela qual tem um estatuto e um regime jurídico autónomos da arbitragem em geral e que, por isso, levanta questões distintas, autónomas e próprias em relação a esta última.

Alerte-se, desde já, e como já antecipado acima, que o objeto do presente estudo não consiste na análise do regime jurídico da arbitragem administrativa, sendo certo que, as referências (genéricas) que serão feitas a este regime servirão somente para efeitos de enquadramento à questão a que pretendemos dar resposta com este estudo. Ademais, as referências do presente estudo dizem respeito a questões relativas a arbitragem administrativa interna, deixando de fora a arbitragem internacional.

3.1.1. Conceito de arbitragem administrativa

A arbitragem administrativa caracteriza-se pelo recurso a árbitros especializados e a tribunais arbitrais, que assumem um papel idêntico aos juízes⁶⁶ e aos tribunais estaduais, para resolver conflitos relacionados com questões de Direito Administrativo no âmbito de conflitos entre os particulares (aqui se incluindo as pessoas coletivas) e a Administração Pública, resultantes de relações jurídico-administrativas, às quais é aplicável o Direito Administrativo e que se encontram sujeitos à jurisdição administrativa – é esta a definição de arbitragem administrativa que utilizaremos para efeitos do presente estudo.

⁶⁵ Como destaca MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, é importante não esquecer o importante contributo do contencioso administrativo no processo de autonomização do próprio Direito Administrativo – cfr. “Breves Apontamentos Sobre A Arbitragem De Direito Administrativo em Portugal” in Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira (org.), *Arbitragem em Direito Público*, CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa, FGV Projetos, pp. 36-46, acessível em https://projetos.fgv.br/sites/default/files/2024-03/fgv_publicacao_arbitragem_miolo.pdf, consultado a 12/02/2025.

⁶⁶ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA refere, inclusive, que “[o]s árbitros se encontram submetidos a um estatuto funcional similar ao dos tribunais judiciais, sendo-lhes aplicáveis as exigências constitucionais de independência e imparcialidade como forma de assegurar a confiança na objetividade da jurisdição arbitral”. Cfr., CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Reserva de jurisdição estadual e *Op. Cit.*, p. 99.

A arbitragem administrativa funciona hoje como uma alternativa possível (discutiremos mais adiante se viável) ao recurso aos tribunais estaduais⁶⁷ e sua previsão legal em diploma autónomo (o CPTA) representa também, em certa medida, o densificar o direito fundamental de acesso ao Direito. Tal entendimento é inclusivamente reforçado pelo facto de os tribunais arbitrais serem atualmente considerados verdadeiros tribunais e de funcionarem como uma garantia e concretização do direito de acesso aos tribunais – cfr. artigo 209.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa e a jurisprudência constitucional neste sentido⁶⁸.

À semelhança do que acontece em outras áreas do direito, também no Direito Administrativo, a arbitragem funciona como um mecanismo de resolução alternativa de litígios que se encontra fora da jurisdição do Estado⁶⁹. Isto é, as partes recorrem a árbitros “privados” que, nos tribunais arbitrais⁷⁰ – entes desprovidos de *ius imperi* –, resolvem os litígios submetidos à sua jurisdição⁷¹. Há quem entenda, inclusive, que a arbitragem administrativa consubstancia um movimento paralelo à privatização das tarefas públicas do Estado na administração da justiça⁷². Não vamos tão longe. Todavia, em virtude do imparável (e quase anual) desenvolvimento do

⁶⁷ Desde que os conflitos sejam passíveis de ser submetidos a arbitragem, nos termos da legislação em vigor.

⁶⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86, 8 de julho de 1986, Conselheiro Martins da Fonseca, processo n.º 178/84; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 52/92, 14 de março de 1992, Conselheira Assunção Esteves, processo n.º 10/89; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 250/96, 29 de fevereiro de 1996, Conselheira Maria Fernanda Palma, processo n.º 194/92; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 506/96, 21 de março de 1996, Conselheira Maria Fernanda Palma, processo n.º 137/93; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 181/2007, 8 de março de 2007, Conselheiro Paulo Mota Pinto, processo n.º 343/05, todos acessíveis em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

⁶⁹ Como ensina MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Pode assim dizer-se que não vigora em Portugal uma reserva de jurisdição estadual, no que concerto aos litígios que envolvam a Administração Pública” in *Manual de Processo Administrativo Op. Cit.*, p. 530; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Sobre o âmbito das matérias *Op. Cit.*, p. 7.

⁷⁰ Com uma inegável influência da arbitragem comercial. Veja-se, para o efeito o conceito de arbitragem que consta das Notas sobre Procedimentos arbitrais adotadas pela *United Nations Commission on International Trade Law*: “A arbitragem é um processo flexível de resolução de litígios; as partes são livres para acordar o procedimento a ser seguido pelo tribunal arbitral na condução do processo arbitral, sujeitando-se às disposições obrigatórias da lei de arbitragem aplicável. A autonomia das partes na determinação do procedimento é de especial importância na arbitragem internacional. Ela permite que as partes selecionem e adaptem o procedimento de acordo com os seus desejos e necessidades específicos, sem impedimentos de práticas e tradições jurídicas possivelmente conflitantes” in *Notes on Organizing Arbitral Proceedings adopted in 2016 (with an additional note on early dismissal and preliminary determination adopted in 2023)*, acessível em <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/notes-on-organizing-arbitral-proceedings-2023.pdf>, consultado a 12/02/2025.

⁷¹ No entender de JOAQUÍN TORNAS MAS também assim é no ordenamento jurídico espanhol. De acordo com o autor, “[I]a técnica arbitral supone el recurso a un mecanismo de justicia convencional en virtud del cual las partes deciden someter la resolución de un conflicto a u tercero que resuelve con fuerza de cosa juzgada. Este tercero, en cuanto elemento ajeno al orden jurisdiccional, resuelve con jurisdicción (se la reconocen las partes y el ordenamiento jurídico), pero carece de imperium para imponer su decisión”. “El arbitraje de derecho administrativo en el derecho español. Principales problemas y últimas novedades” in Nuno de Villa-Lobos, Mónica Brito Vieira, (org.), *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 193.

⁷² JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A Arbitragem dos Litígios *Op. Cit.*, pp. 702-703.

Direito Administrativo, quer geral, quer especial, entendemos que a arbitragem pode ser também a alternativa viável aos tribunais estaduais nesse sentido, já que permite o recurso a profissionais (não necessariamente juizes de carreira) com efetiva especialização em cada uma das áreas e matérias em questão.

Este modelo, que tem vindo a ganhar destaque nos sistemas jurídicos contemporâneos, visa proporcionar uma solução mais célere e eficiente para disputas que envolvem a Administração Pública, permitindo uma maior flexibilidade em comparação com o processo judicial tradicional, que se revela mais burocrático e moroso⁷³.

Porém, e ao contrário do que acontece no direito privado⁷⁴, por estar em causa a resolução de questões que envolvem relações de direito público, mais concretamente relações entre privados e a Administração Pública, pode não parecer evidente como é que tais litígios se podem submeter a uma jurisdição que não é a jurisdição do Estado⁷⁵.

Para que possamos compreender a complexidade da questão, é importante ter presente que, tal como foi já antecipado pela doutrina, “[n]o contexto atual, em que se admite amplamente a suscetibilidade de recurso a árbitros pelos sujeitos em causa, as restrições existentes à sua capacidade de comprometimento são fundamentalmente ditadas pela natureza específica do objeto do litígio”⁷⁶. Porém, nem sempre foi assim. Vejamos.

⁷³ Para o efeito veja-se as considerações tecidas pela Comissão Europeia (doravante, “CE”), em 2017, no COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EVALUATION OF THE MODIFICATIONS INTRODUCED BY DIRECTIVE 2007/66/EC TO DIRECTIVES 89/665/EEC AND 92/13/EEC CONCERNING THE EUROPEAN FRAMEWORK FOR REMEDIES IN THE AREA OF PUBLIC PROCUREMENT/ REFIT EVALUATION Accompanying the document REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL ON THE EFFECTIVENESS OF DIRECTIVE 89/665/EEC AND DIRECTIVE 92/13/EEC, AS MODIFIED BY DIRECTIVE 2007/66/EC, CONCERNING REVIEW PROCEDURES IN THE AREA OF PUBLIC PROCUREMENT, acessível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017SC0013>, consultado a 12/02/2025.

⁷⁴ Como destaca MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Com efeito, a funcionalização das entidades públicas à prossecução do interesse público e a sua vinculação à lei ou aos termos dos contratos que elas tenham celebrado impede que qualquer conduta da Administração possa ser objeto de um livre arbítrio comparável àquele que, no âmbito da sua autonomia privada, os particulares exercem quando livremente dispõe de direitos que a lei não qualifique como indisponíveis”. Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Arbitragem de Direito Administrativo: reflexão geral”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, (coord.), *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.^a Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, p. 17.

⁷⁵ De notar é que a natureza pública dos sujeitos foi, durante muito tempo, um reconhecido obstáculo à evolução da arbitragem administrativa.

⁷⁶ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 33-34.

Nos primórdios da arbitragem administrativa, o litígio apenas seria passível de ser sujeito à arbitragem se o seu objeto se encontrasse na disponibilidade da Administração Pública⁷⁷. Era, por isso, utilizado o critério da disponibilidade do direito⁷⁸⁻⁷⁹. Da aplicação de tal critério resultava que apenas eram suscetíveis de arbitragem os atos da Administração Pública que se traduzissem em contratos administrativos, já que a arbitragem de atos administrativos se encontrava vedada, uma vez que tais atos eram expressão de autoridade por parte da Administração Pública e, por isso, uma situação jurídica indisponível e insuscetível de julgamento por parte dos tribunais arbitrais e tão somente por parte dos tribunais estaduais⁸⁰.

O caminho que foi sendo percorrido desde então culminou na realidade que conhecemos hoje e que se encontra plasmada no artigo 180.º do CPTA, permitindo o julgamento, por parte dos tribunais arbitrais, da legalidade da generalidade dos atos administrativos, dos contratos administrativos, de matérias respeitantes a responsabilidade civil extracontratual no âmbito das relações jurídicas administrativas e de questões relativas a relações jurídicas de emprego público.

De destacar é ainda que, do ponto de vista da arbitrabilidade⁸¹ objetiva⁸², a arbitragem em matérias administrativas não se confunde com a possibilidade de submeter a arbitragem questões relacionadas com a questões privadas das entidades públicas, questões essas que se encontram fora do conceito de relações jurídico-administrativas⁸³⁻⁸⁴. A esses casos são aplicadas as regras gerais de arbitragem, em especial aquelas que se encontram previstas na

⁷⁷ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Arbitragem Administrativa: presente e futuro”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, janeiro-abril 2020, Lisboa, AAFDL Editora, p. 58.

⁷⁸ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios Op. Cit.*, p. 60.

⁷⁹ O mesmo critério é utilizado a propósito da arbitragem administrativa no direito espanhol. Veja-se, para o efeito, o referido por JUAN ROSA MORENO: “[e]n el ordenamiento vigente el arbitraje administrativo tiene que operar com cuidado, respetando las cautelas establecidas en orden a la disponibilidad del objeto litigioso;” in “El arbitraje en el Derecho Administrativo Español” in Nuno de Villa-Lobos, Mónica Brito Vieira, (org.), *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 181.

⁸⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código Op. Cit.*, pp. 1370-1371.

⁸¹ Termo amplamente utilizado pela doutrina para referir a qualidade dos litígios que podem ser sujeitos a arbitragem.

⁸² Conceito abordado por ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios Op. Cit.*.

⁸³ Para efeitos do presente estudo vamos adotar a noção de relações jurídico-administrativas adotada por DIOGO FREITAS DO AMARAL, isto é, “[a]s relações entre uma pessoa coletiva pública e um particular, em que a primeira atue investida de poderes de autoridade e em que os dois sujeitos disponham de poderes e deveres correlativos conferidos por normas de Direito Administrativo.”, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 134.

⁸⁴ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios Op. Cit.*, p. 43.

LAV, e já não as regras relativas à arbitragem administrativa, constantes do CPTA⁸⁵ ou do CCP. O que se acaba de referir é fundamental na medida em que a arbitragem administrativa é necessariamente diferente da arbitragem em geral, desde logo, pela natureza jurídica das entidades administrativas, dos poderes que exercem, mas, sobretudo, pela natureza das situações jurídicas que tratam⁸⁶⁻⁸⁷. Assim, e por forma a que possamos dar um breve enquadramento sobre a arbitragem administrativa, limitamo-nos a debruçar a nossa atenção sobre os litígios que têm a sua origem em relações jurídico-administrativas.

3.1.2. Origem e previsão legal

A arbitragem administrativa é um instituto em evolução no direito português há mais de 40 anos. Existem, entre nós, autores que identificam inclusivamente diversas fases desta evolução: uma primeira antes de 1984, uma segunda, entre 1984 e 2004 e, por fim, uma terceira fase, de 2004 em diante⁸⁸. Do nosso ponto de vista, é hoje possível acrescentar uma quarta fase, iniciada em 2015 e que perdura até aos dias de hoje e, conforme antecipado acima, esta nova fase da arbitragem administrativa foi impulsionada pela revisão do CPTA, nesse ano.

Esta evolução resulta de uma conjugação de fatores que permitiu a sua elevação ao estádio onde se encontra atualmente⁸⁹. Por um lado, a evolução da arbitragem em geral que, como já vimos, teve um grande desenvolvimento nos últimos dois séculos. De outro lado, as dificuldades com que se encontra confrontada a justiça nos tribunais administrativos estaduais⁹⁰. De uma terceira perspetiva, o caráter mais expedito da resolução de litígios por via da arbitragem. A inegável

⁸⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Arbitragem e Tribunais Administrativos *Op. Cit.*, p. 531.

⁸⁶ Sobre este tema, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Arbitragem de Direito Administrativo *Op. Cit.*, pp. 16-17.

⁸⁷ Como refere JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, “[a]s dimensões subjetiva e objetiva da arbitragem administrativa não resultam do livre arbítrio das entidades administrativas, depende da lei que define quais os litígios que devem ser dirimidos por via da arbitragem e quais as matérias que, em razão da sua natureza, estão subtraídos à jurisdição arbitral”. Cfr. JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, “Equidade na arbitragem administrativa: ainda a queremos?”, in Tiago Serrão (coord.), *Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL - Contributo para o presente e futuro dos meios de resolução alternativa de litígios*, Vol. I, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, p. 91.

⁸⁸ PAULO OTERO, “Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos”, *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa. Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2009, pp 82-83.

⁸⁹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Lisboa, Imprensa FDUL, 2023, p. 24

⁹⁰ Como bem refere NUNO VILLA-LOBOS, “A existência de três Reformas do Contencioso Administrativo no período de apenas uma geração constitui a prova irrefutável sobre o reconhecimento por parte dos sucessivos governos da existência de um problema por resolver nesta área de jurisdição”, NUNO VILLA-LOBOS, “Análise da evolução das políticas públicas de implementação da arbitragem administrativa no CAAD”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, janeiro-abril 2020, Lisboa, AAFDL Editora, p. 63.

evolução da arbitragem administrativa e a sua importância no ordenamento jurídico português é hoje expressão do “[d]eclínio do monopólio dos tribunais estaduais no exercício da justiça administrativa”⁹¹ e tem assumindo uma importância cada vez maior, que se reflete, sobretudo, no aumento do labor legislativo, jurisprudencial e doutrinário nestas matérias⁹².

A primeira posituação da arbitragem administrativa aconteceu em 1984 quando, no artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de abril (que aprovou o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (doravante, “ETAF”)) se previu expressamente que “[s]ão admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos de gestão pública, incluindo o contencioso das ações de regresso”.

Posteriormente, já em 1986, a Lei n.º 31/86, de 31 de agosto (que aprovou a LAV de 1986), dispunha no seu artigo 1.º, n.º 4, que “[o] Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizados por lei especial ou se elas tiverem por objeto litígios respeitantes a relações de direito privado”. Este preceito circunscreveu a possibilidade de arbitragem ao contencioso por atribuição, que incluía as ações de responsabilidade civil e as ações relativas a contratos, e que se caracterizava por estarem em causa interesses da Administração Pública, que não envolviam o exercício de poderes de autoridade. Aquando do surgimento da LAV discutiu-se na doutrina se o disposto no n.º 4, do artigo 1.º deste diploma não seria incompatível com o disposto no artigo 2.º, n.º 2, do ETAF e a conclusão foi a de que não havia conflito de normas, na medida em que a previsão do ETAF era especial em relação à previsão da LAV⁹³.

Nos anos que se seguiram, outros diplomas foram incluindo referências à possibilidade de utilização da arbitragem em matérias de direito público. A título meramente exemplificativo, veja-se o Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, que aprovou o Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação e que, nos termos do seu artigo 118.º admitia a intervenção de uma comissão arbitral para a resolução de conflitos na aplicação dos regulamentos municipais ou o

⁹¹ FILIPE BRITO BASTOS, “A arbitragem em Direito Administrativo *Op. Cit.*, p. 78.

⁹² Como teremos oportunidade de referir, a arbitragem administrativa está longe de atingir o auge da sua utilização prática o que, em nosso entender, é sintomático dos diversos entraves que ainda se colocam à sua utilização.

⁹³ LUÍS CABRAL DE MONCADA, “A arbitragem no direito administrativo *Op. Cit.*, p. 176.

Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, que aprovou o Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, que admitia o recurso à arbitragem no seu artigo 27.º.

Sem prejuízo das referências legais mais antigas às quais acabámos de fazer referência, foi apenas no período compreendido entre 2002 e 2004, aquando da reforma do contencioso administrativo, que surge a referência clara à arbitragem administrativa. Esta referência consta do Título VIII do CPTA, que teremos oportunidade de analisar mais adiante. Foi nessa altura que começou uma nova fase da evolução da justiça administrativa⁹⁴, a era da arbitragem administrativa.

Um importante contributo para a evolução e consolidação da arbitragem administrativa em Portugal foi dado pelo desenvolvimento e consolidação da arbitragem tributária. Esse contributo ocorreu sobretudo com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, que regula o regime da arbitragem em matérias tributárias e que permitiu avanços importantes na utilização da arbitragem institucionalizada de litígios relacionados com a legalidade de atos tributários. O RJAT surgiu na sequência da autorização legislativa constante do artigo 124.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril, que aprovou o Orçamento do Estado para 2010 e permitiu que Portugal se afirmar-se como país pioneiro nestas matérias. Apesar de este não ser o objeto do nosso estudo, é importante dedicarmos alguma atenção aos contributos trazidos pelo regime da arbitragem tributária, na medida em que o mesmo tem sido alvo de grande atenção e utilização, algo que também desejamos para a arbitragem administrativa, designadamente para a arbitragem no contencioso pré-contratual.

Antes de se avançar mais, merece destaque o preâmbulo do diploma, que sintetiza bem quer os objetivos daquele diploma, quer os da arbitragem (em matéria tributária e não só): “A introdução no ordenamento jurídico português da arbitragem em matéria tributária, como forma alternativa de resolução jurisdicional de conflitos no domínio fiscal, visa **três objetivos principais**: por um lado, **reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos** dos sujeitos passivos, por outro lado, **imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a administração** tributária ao sujeito passivo e, finalmente,

⁹⁴ A justiça administrativa encontra-se definida na doutrina como sendo um “[c]onjunto institucional ordenado normativamente à resolução de questões de direito administrativo, nascidas de relações jurídico-administrativas, atribuídas por lei à ordem jurisdicional administrativa, para serem julgadas segundo um processo administrativo específico”. Cfr. JOSÉ CARLOS VIERA DE ANDRADE, *Justiça Administrativa*, 15.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 11.

reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais” (destaques adotados)⁹⁵. Estes objetivos que pautaram a criação de um regime específico para a arbitragem tributária, têm também imprimido o ritmo no que respeita ao desenvolvimento da arbitragem administrativa.

A primeira novidade deste regime consubstanciou-se no facto de os tribunais arbitrais terem competência para declararem a ilegalidade de atos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta, mas também a declaração de ilegalidade de atos de fixação de matéria tributária quando não deem origem à liquidação de qualquer tributo (cfr. artigo 2.º, n.º 1, do RJAT). A segunda novidade e, em nosso entender uma das mais relevantes, teve que ver com o facto de no artigo 2.º, n.º 2⁹⁶, do RJAT afastar expressamente o julgamento de acordo com recurso à equidade. Tal consagração representou a primeira rotura com o regime previsto na LAV e veio, mais tarde, a ser acolhido pelo legislador, na revisão de 2015 do CPTA, passando a ser essa a regra expressa no artigo 185.º, n.º 2 deste diploma⁹⁷. Em terceiro lugar, e no que respeita ao âmbito subjetivo do RJAT, nos termos do artigo 4.º do diploma, está sujeita ao regime da arbitragem tributária a administração tributária (na qual se inclui a Autoridade Tributária e Aduaneira), ou seja, a arbitragem tributária funciona como uma vinculação para aquela entidade.

A nosso ver, a maior inovação da arbitragem tributária prende-se com o facto de o recurso aos tribunais arbitrais ser um direito potestativo⁹⁸ para os particulares, mas uma obrigação para a administração tributária. ALEXANDRA MARQUES sumariza bem esta ideia referindo para o efeito que: “A par do direito de recorrer aos tribunais, os interessados têm a via (facultativa) do recurso aos tribunais arbitrais para resolver litígios (conflitos, como se lhes confere o diploma) em matéria tributária que caibam na competência dos tribunais tributários definida pelo elenco das pretensões previsto no art. 2.º do RJAT. A opção pela arbitragem tributária corresponde ao exercício de um direito potestativo, como já vimos. Da parte da administração tributária, a apreciação do litígio por parte do tribunal é obrigatória, posto que a lei não estabeleceu qualquer

⁹⁵ Acessível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/10-2011-280904>, consultado a 12/02/2025.

⁹⁶ Nos termos do qual “Os tribunais arbitrais decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade”.

⁹⁷ Nos termos do qual “Nos litígios sobre questões de legalidade, os árbitros decidem estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade”.

⁹⁸ No plano da arbitragem administrativa, há doutrina que defendia que o recurso à arbitragem não podia ser um configurado como um direito potestativo dos particulares. Cfr. JOÃO CAUPERS, “A arbitragem na nova justiça administrativa”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 34, julho-agosto 2002, p. 66.

condição ou justificação de que esta se pudesse socorrer para recusar que a pretensão do contribuinte fosse apreciada pelos tribunais arbitrais”⁹⁹.

O desenvolvimento da arbitragem tributária representou apenas mais um reforço às vozes da doutrina que há muito pugnavam também por um desenvolvimento da arbitragem administrativa. Doutrina essa que reconheceu desde cedo a possibilidade de recurso à arbitragem para dirimir litígios emergentes de relações de Direito Administrativo¹⁰⁰.

É indesmentível que foram e são as vantagens associadas ao recurso à arbitragem administrativa (análogas às vantagens associadas à arbitragem em geral), isto é, a maior celeridade nas decisões¹⁰¹, a maior especialização dos árbitros julgadores¹⁰², a flexibilidade associada à liberdade de conformação das regras, a formalidade reduzida, a inegável influência de outros profissionais do direito – como professores universitários, juristas, advogados – com outro tipo de experiências e conhecimentos, que motivam, em parte, o crescente e recente recurso à arbitragem administrativa.

Contudo, e apesar de já contar com alguns anos de existência, como referimos no ponto anterior, a arbitragem administrativa não é, de todo, pioneira e sofreu uma inegável influência da arbitragem em matérias de direito civil e comercial.

Como se disse, a arbitragem administrativa sofreu uma influência importante da arbitragem em matérias de direito privado. Talvez por isso tenha sido no domínio dos contratos – entre particulares e a Administração Pública – que a arbitragem administrativa deu os seus primeiros

⁹⁹ ALEXANDRA MARQUES, “A arbitragem em Matéria Tributária: enquadramento e traços essenciais do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro”, in Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, p. 385.

¹⁰⁰ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.ª edição (5.ª Reimpressão), Coimbra, 1994, pp. 1285-1286. Já nessa altura o autor admitia a possibilidade de sujeição de questões administrativas ao julgamento dos tribunais arbitrais, desde que estivessem em causa matérias que “[e]mbora da competência dos tribunais administrativos, sejam objeto de ação, desde que se trate de direitos e obrigações de que qualquer delas (Administração e particulares) possam dispor à sua vontade”.

¹⁰¹ Como referem JOÃO PACHECO DE AMORIM e BÁRBARA M. SOARES, “[a]s partes que decidem recorrer ao instituto da arbitragem e acordam nas regras do seu funcionamento, fazem-no sempre com o objectivo de resolverem rapidamente o litígio que as opõe ou que poderá vir a opô-las”. Cfr., JOÃO PACHECO DE AMORIM e BÁRBARA M. SOARES, “Algumas considerações em torno dos centros de arbitragem *Op. Cit.*, p. 93.

¹⁰² Designadamente porque nos tribunais estaduais vigora o princípio do juiz natural, pelo que é impossível garantir a afetação do juiz com mais especialização em determinada matéria para o julgamento de determinado litígio. Sobre este princípio, cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 393/89, de 18 de maio de 1989, Conselheiro Messias Bento, proferido no âmbito do processo n.º 417/88, acessível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>.

passos¹⁰³. Não só porque essa é uma área de maior proximidade ao direito privado, mas por ser a área do Direito Administrativo que se pauta, de forma mais ou menos evidente, por um acordo entre as vontades das duas partes. E apesar de ser hoje evidente que a arbitragem nada tem a ver com a renúncia a direitos ou uma escolha por uma tutela menos eficaz, não é verdade que tenha sido sempre assim. Quando a arbitragem administrativa começou a dar os primeiros passos em Portugal, era latente o entendimento que através dela só eram passíveis de ser resolvidos litígios que se encontrassem na disponibilidade das partes, designadamente da Administração Pública. A situação viria a mudar de figura com a consagração, em 1984, da arbitragem no ETAF, a que nos referimos acima, e completamente arrumada quando, em 2015, a revisão ao CPTA, imposta pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, alargou a possibilidade e recurso à arbitragem em matérias de controlo de validade dos atos administrativos.

Mas se em parte foi a evolução da arbitragem em geral que serviu de base ao desenvolvimento da arbitragem administrativa (é importante notar que, como teremos oportunidade de fazer adiante, muitos dos preceitos de arbitragem administrativa são análogos ao preceitos constantes da LAV e muitos dos preceitos constantes do CPTA ou do CCP remetem diretamente para as questões constantes da LAV), não é menos verdade que o impulso para esse desenvolvimento se deveu em parte a uma necessidade inegável de fazer face aos problemas de desempenho ou, se quisermos, de efetividade¹⁰⁴ da justiça administrativa¹⁰⁵⁻¹⁰⁶, e que culminou com o

¹⁰³ Sobre o tema ver RAUL RELVAS MOREIRA, “O âmbito da arbitragem administrativa no domínio dos contratos”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, p. 260.

¹⁰⁴ Não podemos deixar de reconhecer razão à referência feita por RICARDO PEDRO: “A efetividade, por regra, só se revela e, por consequência, só é tratada quando se dá conta da sua falta. Assim também aconteceu com a justiça administrativa. Razão pela qual a abordagem mais comum do tema da efetividade da justiça administrativa surge pelo diagnóstico e pela procura de curas, referindo-se a doutrina e a jurisprudência a mau ou deficiente funcionamento da (administração) justiça (inclusive administrativa), isto é, a morosidade judicial”. Cfr. RICARDO PEDRO, “Da efetividade do direito administrativo à efetividade da(s) justiça(s) administrativa(s)”, *Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, p. 7.

¹⁰⁵ Remetemos aqui para os diversos diagnósticos feitos por vários autores na obra *A Justiça Administrativa em Portugal*, Tiago Serrão, Marco Caldeira, (coord.), 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2022.

¹⁰⁶ Também assim aconteceu em Espanha. Veja-se o referido por JOAQUÍN TORNAS MAS: “El interés por la institución arbitral en el derecho público se enmarca en la reflexión más general sobre la crisis de la justicia administrativa, crisis que se identifica de forma principal con la excesiva dilación temporal de los procesos contencioso-administrativos. (...) Este retraso excesivo en dictar sentencia lleva a buscar formas alternativas al proceso judicial que permitan dar satisfacción a lo reclamado por las partes”. Cfr. JOAQUÍN TORNAS MAS “El arbitraje en *Op.Cit.*, pp. 195-196.

desenvolvimento da arbitragem¹⁰⁷.

Quando falamos em problemas associados ao desempenho da justiça administrativa, referimo-nos principalmente ao elevado número de pendências de processos administrativos nos tribunais estaduais (note-se que os que aqui importam são os da jurisdição administrativa), à grande morosidade associada à resolução dos processos, à falta de juizes, à falta de funcionários judiciais. Fatores que atrasam inevitavelmente o decorrer do processo ainda antes de ele chegar às mãos do juiz competente para o seu julgamento.

É importante notar que o reconhecimento destes problemas vai para lá da esfera nacional. De acordo com um estudo realizado pela CE tendo em vista a elaboração do *Commission Staff Working Document Evaluation Of The Modifications Introduced By Directive 2007/66/EC To Directives 89/665/EEC And 92/13/EEC Concerning The European Framework For Remedies In The Area Of Public Procurement/ Refit Evaluation*¹⁰⁸, as decisões dos tribunais estaduais são lentas, designadamente por comparação às decisões adotadas por entidades administrativas.

Aqui chegados, importa ter presente que a arbitragem, enquanto mecanismo alternativo de resolução de litígios encontra hoje o seu respaldo legal em três diplomas de grande importância para o presente estudo. Desde logo, a LAV que funciona como um regime de aplicação subsidiária. Não apenas porque o seu artigo 1.º, n.º 5, autoriza o Estado ou outras pessoas coletivas de direito público a celebrar convenções de arbitragem¹⁰⁹, mas também porque é para ela que encontraremos diversas remissões, quer nos artigos do CPTA que versam sobre esta matéria, quer também nos artigos do CCP. Depois, nos artigos 180.º a 187.º do CPTA. E, por fim, no artigo 476.º do CCP, que trata a arbitragem no contencioso contratual e pré-contratual.

¹⁰⁷ Assim mesmo entendeu ARMINDO RIBEIRO MENDES, «Os Tribunais Arbitrais são tribunais, mas não são “Tribunais como os outros”», in Agostinho Pereira de Miranda, Miguel Cancellata de Abreu, Paula Costa e Silva, Rui Pena, Sofia Martins, (org.), *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, 1.ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2015, p. 65, ao referir que: “Afigura-se ser constitucionalmente lícita a opção do legislador português de impor tal vinculação, deixando aos administrados particulares, parte mais fraca, a escolha entre justiça administrativa ou tributária e a justiça arbitral. Trata-se, em alguma medida, de um reconhecimento implícito de que a justiça administrativa e tributária é demasiado morosa e ineficaz, o que deveria levar os órgãos de gestão dessa justiça e, em primeiro lugar o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, a procurar ativamente melhorar a situação existente, de modo a que os administrados tivessem realmente liberdade de escolha”.

¹⁰⁸ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0013> e consultado a 25/02/2025.

¹⁰⁹ Remissão esta que a doutrina caracteriza como estando “longe de uma mera emissão axiologicamente neutra para o regime de direito comum consagrado na LAV”. Cfr., RUI MEDEIROS, “Nem oito nem oitenta *Op. Cit.*, p. 70.

Como se disse acima, esta quase abertura total do Direito Administrativo à arbitragem só foi conseguida em 2015, com a revisão do CPTA introduzida pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de maio, com a qual se passou a admitir também a arbitragem de questões relacionadas com a validade do ato administrativo e de impugnação de atos administrativos pré-contratuais. Nesse sentido, chegou agora o momento de debruçarmos a nossa atenção sobre as disposições do CPTA que regulam esta matéria.

3.2. O âmbito de aplicação da arbitragem administrativa no CPTA – artigo 180.º a 187.º

Agora que está dada uma breve introdução sobre o que entendemos ser a arbitragem administrativa e qual a sua origem em Portugal, estamos prontos para nos debruçarmos sobre qual o âmbito de aplicação da arbitragem administrativa.

Se hoje em dia é mais ou menos pacífico que se podem constituir tribunais arbitrais para o julgamento de grande parte das matérias administrativas, nem sempre foi assim e, para essa mudança de paradigma, contribuiu a entrada em vigor do CPTA, em 2004.

Como ensina JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “[a]té à entrada em vigor deste diploma [o CPTA], em 1 de janeiro de 2004, o STA julgara na base do pressuposto de que o princípio da legalidade constitui fundamento de proibição da arbitragem no contencioso de impugnação de atos administrativos, ou seja, no postulado de que, ao discutir processualmente e a legalidade dos atos a Administração se encontra numa situação jurídica subjetiva substantiva indisponível, não podendo por isso cometer a árbitros a decisão do litígio”¹¹⁰. Tal entendimento “[r]adicava no clássico entendimento de Marcello Caetano, segundo o qual o contencioso administrativo compreenderia duas dimensões: o contencioso administrativo por natureza, que tinha por objeto a fiscalização da legalidade dos atos de autoridade da Administração e, por essa razão, não podia deixar de estar reservado à competência dos Tribunais Administrativos, e o contencioso administrativo por atribuição, que tinha por objeto os litígios respeitantes aos contratos e à responsabilidade civil extracontratual da Administração que não envolvessem a fiscalização da legalidade de atos de autoridade da Administração, cuja submissão à jurisdição dos Tribunais Administrativos já não resultaria da natureza das coisas, mas dependeria de uma opção contingente do legislador”¹¹¹.

¹¹⁰ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A Arbitragem dos Litígios *Op. Cit.*, p. 691.

¹¹¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Breves Apontamentos Sobre *Op. Cit.*, p. 55.

A entrada em vigor do CPTA permitiu concretizar o artigo 1.º, n.º 4 da antiga LAV, que tem hoje conteúdo idêntico ao n.º 5, do n.º 1, da nova LAV¹¹², sendo este o diploma específico que define os tipos de litígios em que é permitido o recurso à arbitragem quando estão em causa matérias de Direito Administrativo e que autoriza o Estado e, em particular, as entidades administrativas a celebrar convenções de arbitragem sobre essas matérias¹¹³.

Sem prejuízo da evolução a que temos vindo a fazer referência, e da remissão genérica que ainda hoje consta do CPTA para a LAV – passível de ser encontrada quer no artigo 180.º, n.º 1, quer no artigo 181.º, n.º 1, ambos do CPTA – parece-nos que os desenvolvimentos da arbitragem administrativa, bem como as exigências da doutrina, têm conduzido à progressiva criação de um regime próprio que se procura estruturar. Como teremos oportunidade de explorar, temos dúvidas sobre a adequação deste regime uma vez que são gritantes as falhas e omissões que o assolam.

Nessa senda, e apesar de alguns autores equacionarem a necessidade de existir uma lei dedicada à arbitragem administrativa, alinhamos com a doutrina¹¹⁴ que entende que o CPTA é o lugar ideal para a sua consagração legal. E, por uma questão de coerência com o que se defende neste estudo, só pode ser assim.

Em nosso entender, sendo a arbitragem um mecanismo de resolução alternativa de litígios, a sua consagração legal só podia constar do código de processo que tem em vista a resolução de conflitos de natureza administrativa.

Em segundo lugar, encontrando-se plenamente sedimentado na ordem jurídica nacional que os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais, de pleno poder, que se encontram vinculados a resolver as questões que lhes são colocadas nos mesmos termos que os tribunais estaduais, então dúvidas não existem de que é nessa sede que a arbitragem administrativa deve estar

¹¹² Nos termos do qual “O Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objeto litígios de direito privado”.

¹¹³ Nas palavras de MARIA FERNANDA MAÇÃS, o n.º 5, do artigo 1.º, da nova LAV remete “[a] arbitragem administrativa para legislação própria, assim procurando o legislador assegurar a existência de um regime de arbitragem próprio compatível com a especificidade do Direito Administrativo”. Cfr. MARIA FERNANDA MAÇÃS, “Notas sobre um modelo adequado de arbitragem administrativa à luz da revisão do CPTA”, *Arbitragem Administrativa*, n.º 1, 2015, CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa, p. 21.

¹¹⁴ Designadamente, cfr., MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Arbitragem administrativa: presente *Op. Cit.*, p. 60; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE “Arbitragem e contratos públicos”, *Estudos de Contratação Pública - I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 952; RUI MEDEIROS, “Nem oito nem oitenta *Op. Cit.*, pp. 68 e 74.

integralmente prevista. Ademais, os tribunais arbitrais que resolvem questões de Direito Administrativo encontram-se, por força do disposto no artigo 3.º, n.º 1, do CPTA, vinculados ao julgamento da Administração Pública de acordo “[c]om as normas e princípios que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação”¹¹⁵. Repare-se ainda que, à semelhança do que acontece com os tribunais estaduais, os tribunais arbitrais estão vinculados a decidir de acordo com o direito constituído “[n]ão podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade”. Numa breve nota não podemos deixar de mostrar a nossa maior concordância com o entendimento de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA quando refere que “[a] substituição dos tribunais estaduais por tribunais arbitrais para a resolução jurisdicional de litígios de Direito Administrativo só é admissível, numa ordem jurídico-constitucional como a nossa, no pressuposto de que esses tribunais são *tribunais administrativos arbitrais*, isto é, tribunais especializados na aplicação do Direito Administrativo, que procedem a esse aplicação em condições paralelas àquelas que, no seu lugar, procederiam os tribunais administrativos estaduais”¹¹⁶. Por isso, analogamente aos conflitos que são resolvidos pelos tribunais estaduais administrativos, também a regulação da resolução de conflitos pelos tribunais arbitrais administrativos deve encontrar o seu respaldo legal no CPTA.

Em terceiro lugar, e resultando o labor dos tribunais arbitrais em matérias de Direito Administrativo soluções tão válidas e eficazes quanto aquelas que resultam do julgamento pelos tribunais estaduais, a consagração de tal mecanismo só podia acontecer na lei processual administrativa, isto é, no CPTA.

Em quarto lugar, em matéria de publicidade, também as decisões dos tribunais arbitrais são obrigatoriamente publicadas¹¹⁷, nos termos do artigo 185.º-B, do CPTA.

Por fim, e como já tivemos oportunidade de defender atrás, o CPTA é um diploma especial em relação à LAV, que “[m]odifica o próprio regime legal da arbitragem, criando um regime especial para a arbitragem em questões de direito administrativo (...)”¹¹⁸ e prevendo ele próprio

¹¹⁵ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Reserva de jurisdição estadual e *Op. Cit.*, p. 104.

¹¹⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Arbitragem Administrativa: presente, *Op. Cit.*, p. 59.

¹¹⁷ Tal como teremos oportunidade de discutir em sede própria neste estudo, é nosso entender que a questão da publicidade está atualmente aquém do esperado e do necessário em matérias de arbitragem administrativa.

¹¹⁸ JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Arbitragem e contratos públicos *Op. Cit.*, p. 952.

a possibilidade de existirem regimes especiais aplicáveis a casos concretos¹¹⁹. Veja-se o disposto no n.º 1, do artigo 180.º, do CPTA: “**Sem prejuízo do disposto em lei especial**, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: (...)”. (destaques aditados).

Como tal, e apesar de compreendermos aqueles que entendem que o tratamento da arbitragem administrativa ficaria mais bem resolvido num diploma autónomo e de reconhecermos o mérito da iniciativa do Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados ao constituir um grupo de trabalho para elaborar uma proposta de articulado de lei de arbitragem administrativa, entendemos que o diploma próprio¹²⁰ para a necessária consagração unificada do regime da arbitragem administrativa, designadamente da arbitragem no contencioso pré-contratual é o CPTA, não sendo necessária uma lei autónoma que vise tratar a matéria, justamente porque, como refere TIAGO SERRÃO, a mesma visaria apenas “[p]rever um regime de minimal, centra[ndo]-se nas referidas especialidades, procurando dar resposta normativa às matérias que não se encontram – e ainda às que não se encontram adequadamente – reguladas no CPTA”¹²¹.

A arbitragem administrativa está hoje prevista no Título VIII do CPTA e, não obstante ainda não ter atingido a perfeição no que há consagração legal diz respeito (se é que tal conceito existe quando se discutem matéria jurídicas), designadamente em virtude de um evidente problema de compatibilização quer seja com a LAV¹²², quer seja com o CCP, a verdade é que se tem denotado uma evolução (positiva), conforme já tivemos oportunidade de analisar. Sem prejuízo desta nota genericamente positiva às sucessivas alterações legislativas, estas não são isentas de críticas. Desde logo, e após tantas alterações, o legislador já se podia e devia ter apercebido que não existe hoje uma compatibilização entre os regimes constantes do CPTA e do CCP e ter feito algo quanto a isso. Depois porque, ao invés de procurar criar um regime próprio aplicável à

¹¹⁹ De entre esses regimes é importante destacar o regime aplicável à composição de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, previsto na Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, na sua versão atualmente em vigor. Este regime, que inicialmente previa a arbitragem necessária, foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro e passou a prever a arbitragem voluntária, institucionalizada ou não institucionalizada. Destaque-se ainda o regime constante no Código das Expropriações, nos termos do qual se prevê o recurso à arbitragem como primeira instância. Um diploma que integra regimes de arbitragem administrativa é a Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas, contendo diversos artigos com referência a diferentes regimes de arbitragem. Outro exemplo que merece destaque e ao qual já tivemos oportunidade de nos referir é o que consta da Lei do TAD, no âmbito da qual é criado o TAD, ao qual é atribuído uma jurisdição própria.

¹²⁰ Sobre o tema. Cfr. *Arbitragem Administrativa: Uma Proposta Op. Cit.*.

¹²¹ TIAGO SERRÃO, “Arbitragem administrativa: direito constituído e direito a constituir”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 136, julho-agosto 2019, p. 64.

¹²² Problema esse que se evidencia desde logo pela circunstância de existir uma remissão genérica para a LAV, sem que tal tenha em conta as particularidades do Direito Administrativo.

arbitragem administrativa, o legislador insiste sistematicamente em manter a mescla entre as disposições que se encontram no CPTA, as disposições aplicáveis à arbitragem tributária¹²³ e as disposições constantes da LAV aplicáveis à arbitragem em geral, o que agrava ainda mais a complexidade do regime e as possibilidades do mesmo ser utilizado¹²⁴.

Ademais, importa recordar que neste Título VIII do CPTA já pouco resta da sua versão original – repare-se que, de entre todos os artigos que compõe este título, apenas o artigo 183.º (com a epígrafe “Suspensão de prazos”) não foi objeto de qualquer alteração.

De entre os artigos que se referem à arbitragem administrativa, e como se antecipou, o artigo 180.º do CPTA é o ponto de partida, e diríamos também o ponto de chegada, para a arbitragem administrativa, designadamente, como teremos oportunidade de explorar, da arbitragem no contencioso pré-contratual. Com o passar dos anos e com as sucessivas alterações legislativas de que o CPTA foi sendo alvo, também o artigo 180.º sofreu significativas alterações, que alteraram, inclusive, o âmbito objetivo da arbitragem administrativa. Na sua primeira versão, datada de 2002, o preceito começou por dispor: “1 – Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de atos administrativos relativos à respetiva execução; b) Questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso; c) Questões relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva. 2 – Excecionam-se do disposto no número anterior os casos em que existam contrainteressados, salvo se estes aceitarem o compromisso arbitral”.

Da análise da alínea a), do n.º 1, desta versão original do preceito é possível ver que se encontrava excluída do seu âmbito objetivo a arbitragem de matérias relacionadas com a legalidade dos atos administrativos, isto porque “[a] fiscalização da legalidade dos poderes de autoridade da Administração era, por isso, uma prerrogativa reservada aos tribunais estaduais, a quem pertencia, assim, em regime de monopólio, designadamente o poder de proceder à anulação de atos administrativos ilegais”¹²⁵.

¹²³ Basta, a título de exemplo, observar o disposto no artigo 181.º, n.º 4, do CPTA, nos termos do qual: “Aos árbitros são aplicáveis os deveres e os impedimentos **previstos no regime jurídico da arbitragem em matéria tributária**, com as necessárias adaptações” (destaque aditado).

¹²⁴ Como bem refere TIAGO SERRÃO, o regime da arbitragem administrativa é hoje um regime “disperso, incongruente e insuficiente”. Cfr. TIAGO SERRÃO, “Arbitragem administrativa: direito constituído e *Op. Cit.*, p. 59.

¹²⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código Op. Cit.*, p. 1371.

Em 2008, através da Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, o legislador alargou o âmbito objetivo da arbitragem administrativa e, dessa vez, a “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”¹²⁶.

Em 2015, a situação mudou novamente de figura com uma nova revisão do CPTA. Nesta revisão, o legislador passou a admitir a arbitrabilidade de questões relativas à validade de atos administrativos (salvo determinação legal em contrário) e, na alínea c), do n.º 1, do artigo 180.º, o julgamento de questões respeitantes à legalidade de atos administrativos, com exceção dos casos em que tal esteja vedado em virtude de determinação legal.

Na mais recente versão do CPTA, a alínea a), do n.º 1, do artigo 180.º, admite a submissão a arbitragem das situações reguladas nos artigos 302.º e ss do CCP, designadamente as questões relacionadas com a modificação unilateral de cláusulas contratuais, com o modo de execução das prestações contratuais, com a aplicação de sanções, com as resoluções unilaterais do contrato, e com a cessão da posição contratual e subcontratação.

À semelhança da versão original do preceito a que se aludiu acima, também a versão atual do n.º 2, do artigo 180.º, do CPTA, a cuja análise voltaremos adiante (uma vez que o mesmo tem um grande impacto em matérias relacionadas com a arbitragem no contencioso pré-contratual), continua nos dias de hoje a assumir grande relevância. Contudo, e antes de avançarmos com uma análise do preceito, cumpre destacar que, no que diz respeito à intervenção de terceiros, a arbitragem de litígios administrativos é acentuadamente distinta da aplicável a conflitos privados e, por isso, é também necessariamente distinto o regime do CPTA em relação ao regime previsto da LAV quanto a esta matéria. Ao passo que a LAV tende a excluir a intervenção de terceiros das arbitragens, o CPTA força a inclusão desses terceiros. Como bem referiu FRANCISCO PAES MARQUES¹²⁷, essa diferença de tratamento redundará em três razões. Em primeiro lugar, a arbitragem de litígios de direito privado, aos quais se aplica a LAV tem natureza contratual. Ora, o mesmo não é possível de ser afirmado no caso das arbitragens de litígios jurídico administrativos, uma vez que o Estado apenas pode celebrar convenções

¹²⁶ A redação é bastante semelhante à que se encontra em vigor à data da preparação deste estudo, tendo apenas sido alterada com pequenos ajustes.

¹²⁷ FRANCISCO PAES MARQUES, “Arbitragem e multipolaridade administrativa: da necessidade de um regime específico para os contra-interessados e terceiros no processo arbitral jurídico-administrativo” in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, (coord.), *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, pp. 159-163.

arbitrais quando a tal estão autorizadas por lei (artigo 1.º, n.º 5, da LAV). Em segundo lugar, ao passo que as arbitragens de litígios que emergem no seio do direito privado são tendencialmente confidenciais, o artigo 185.º-B do CPTA obriga a que as decisões adotadas no âmbito da arbitragem administrativa sejam publicadas, através de via informática, em plataforma organizada pelo Ministério da Justiça¹²⁸. Por fim, ao passo que nas arbitragens de direito privado vigora um princípio de intangibilidade do direito de terceiros, nas arbitragens de Direito Administrativo, atendendo à natureza ao objeto dos litígios em causa, muito dificilmente não serão afetados os direitos de terceiros. Tal deriva do facto de as relações jurídico administrativas serem tendencialmente multipolares, isto é, “[r]elações jurídicas administrativas nas quais se confrontam dois ou mais interesses privados (plano ou vertente horizontal), e cuja conformação do respectivo exercício cabe à Administração Pública mediante a adopção de um acto jurídico-público (plano ou vertente vertical)”¹²⁹.

Na versão atualmente em vigor do artigo 180.º, do CPTA, o n.º 2 dispõe que, sempre que existam concontrainteressados no litígio, o mesmo só pode submetido a arbitragem caso estes aceitem o compromisso arbitral. Sem prejuízo do que se dirá adiante, a primeira nota a dirigir ao preceito prende-se com o facto de o legislador ter escolhido o conceito “compromisso arbitral” ao invés de “convenção de arbitragem”. Como a doutrina já teve oportunidade de explorar, sendo a convenção de arbitragem um termo lato que inclui não apenas o conceito de compromisso arbitral (tem por objeto um litígio atual que as partes aceitam submeter à arbitragem), mas também o conceito de cláusula compromissória (cláusula do contrato que estabelece que, em caso de surgimento de litígios entre as partes os mesmos serão sujeitos a arbitragem), não resulta do preceito qual a razão para o legislador ter preferido aquele conceito. Contudo, parece-nos que entre escolher entre inserir neste artigo a obrigatoriedade de aceitação da convenção de arbitragem ou da cláusula arbitral e o compromisso arbitral, o legislador andou menos mal ao optar por este último, já que, apesar de castrador, não inviabiliza de antemão todos os casos em que possam existir concontrainteressados, já que a obrigação de aceitação só nasce quando já existe litígio entre as partes (e não quando esse litígio é meramente eventual).

Sem prejuízo, e, não obstante o que se acaba de referir, entendemos que esta necessidade de aceitação pelos concontrainteressados do compromisso arbitral é passível de gerar uma entropia no

¹²⁸ Acessível em <https://servicos.tribunais.org.pt/servicos/arbitragem-administrativa-tributaria/consultar-decisoes>.

¹²⁹ FRANCISCO PAES MARQUES, “Arbitragem e multipolaridade administrativa: *Op. Cit.*, p. 166.

processo arbitral ou até mesmo obstar à utilização deste mecanismo de resolução alternativa de litígios¹³⁰.

Antes que se avance mais, é impossível discorrer sobre o n.º 2, do artigo 180.º, do CPTA, sem antes dedicar, ainda que por breves instantes, atenção ao conceito de contrainteressado, figura central do contencioso administrativo e que se encontra atualmente bem definida e aceite em Portugal¹³¹. A figura dos contrainteressados encontra-se prevista no artigo 57.º e no artigo 68.º, n.º 2, ambos do CPTA, nos termos dos quais são contrainteressados aqueles a quem o provimento do processo impugnatório possa diretamente prejudicar ou que tenham legítimo interesse na manutenção do ato impugnado e que possam ser identificados em função da relação material em causa ou dos documentos contidos no processo administrativo. Em nosso entender, é só a este conceito de contrainteressados que se refere o artigo 180.º, n.º 2, do CPTA. Afastamo-nos, por isso, do setor da doutrina¹³², que entende que este preceito se refere ao conceito de terceiros interessados no procedimento em sentido amplo a que se refere o artigo 10.º do CPTA, isto é, a todos aqueles que tenham interesses contrapostos com os do autor. Como veremos, se a exigência da aceitação dos contrainteressados tal como definidos nos artigos 57.º e 68.º, n.º 2, do CPTA cria já entraves à utilização da arbitragem administrativa, o recurso ao conceito de contrainteressados tal como definidos no artigo 10.º do CPTA torna praticamente impossível o recurso a este mecanismo de resolução de litígios¹³³. Além disso, se confrontado o hipotético interesse de potenciais contrainteressados (que não sabemos se teriam um verdadeiro interesse em intervir no litígio) em participarem no litígio com o interesse das partes em recorrer à arbitragem administrativa e, em última instância, com o interesse público¹³⁴ de alívio das pressões exercidas sobre os tribunais estaduais que é permitido pelo recurso à arbitragem administrativa, é com facilidade que se percebe que faz mais sentido optar pelo

¹³⁰ No mesmo sentido, ANDRÉ PROENÇA, “Os contrainteressados e a arbitragem de Direito Administrativo” in Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, p. 199.

¹³¹ PAULO OTERO, “Os contrainteressados em contencioso administrativo: fundamento, função e determinação do universo em curso de ato final de procedimento concursal”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 1073 e ss.

¹³² Assim, JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os contratos administrativos e a arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 271. e ss; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios*, *Op. Cit.*, pp. 82-83.

¹³³ Alinhamos aqui com JOSÉ ROBIN DE ANDRADE quando refere que o alargamento do conceito de contrainteressado nesses termos “inviabilizaria a generalidade das ações arbitrais sobre contratos administrativos” in *Arbitragem e contratos Op. Cit.*, pp. 960-962.

¹³⁴ Sobre o conceito de interesse público, cfr. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, 2.ª reimpr., pp. 63-73.

conceito mais restrito de contrainteressados. Por fim, não podemos avançar sem antes referir um argumento central nesta discussão: se o legislador quisesse verdadeiramente referir-se ao conceito amplíssimo de terceiros interessados no procedimento, podia tê-lo feito. Sucede que o legislador escolheu perentoriamente o conceito de “contrainteressados”. Por isso, se nada do que até aqui se referiu colhesse, seria o elemento literal da norma a esclarecer qualquer questão que pudesse ainda sobejar.

De acordo com os ensinamentos da doutrina, a necessidade de aceitação pelos contrainteressados do compromisso arbitral que consta do n.º 2, do artigo 180.º, do CPTA “[r]esulta da natureza contratual destas convenções: como o poder do tribunal arbitral se funda na manifestação da vontade das partes que aceitam submeter-se a esse poder, ele não pode impor-se a quem não aceite submeter-se a esse poder”¹³⁵. Sucede que, porém, atenta, justamente, essa natureza contratual, impor que terceiros – que potencialmente não conhecem o acordo celebrado e podem nem estar interessados na discussão do litígio – aceitem expressamente a submissão do litígio a arbitragem pode resultar em problemas de articulação e, inclusive, obstar à utilização da arbitragem administrativa colocando em causa um crescimento (ainda precoce) da utilização deste mecanismo de resolução alternativa de litígios¹³⁶. É importante também reparar que nem o CPTA, nem a própria LAV, exigem que essa falta de aceitação seja fundamentada. Ou seja, no limite um contrainteressado pode simplesmente não aceitar o compromisso arbitral, inviabilizando a constituição e funcionamento do tribunal, apenas “porque sim”, porque não lhe apetece, ou simplesmente porque não lhe é conveniente. A esta dificuldade junta-se uma outra: o que fazer se o contrainteressado nada disser em prazo razoável? Em resposta a esta pergunta alinhamos com a doutrina¹³⁷ que defende que o silêncio dos contrainteressados não pode paralisar, em nenhum momento, o prosseguimento da causa arbitral, isto é, se os contrainteressados não se pronunciarem depois de lhe ser dado um prazo razoável para o efeito, então o seu silêncio deve ser entendido como forma de aceitação do compromisso arbitral.

¹³⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código Op. Cit.*, p. 1379.

¹³⁶ Sobre esta questão faz particular sentido a expressão utilizada por André Proença ao referir que esta imposição pode significar a «“morte à nascença” dos respetivos processos arbitrais – Cfr. ANDRÉ PROENÇA, “Os contrainteressados e a arbitragem *Op. Cit.*, p. 199.

¹³⁷ JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos Op. Cit.*, p. 272; FRANCISCO PAES MARQUES, “Arbitragem e multipolaridade administrativa: *Op. Cit.*, p. 183.

Importa ainda destacar que a imposição do preceito é completamente insensível em relação aos casos em que o número de concontrainteresados seja tão elevado que seja realmente difícil identificá-los. A título meramente exemplificativo, imaginemos que se pretende recorrer à arbitragem para impugnação da validade de um ato administrativo com pluralidade de sujeitos. Como é sabido, tal ato pode ser um grande número de sujeitos, que poderão ser concontrainteresados num litígio arbitral. Ora, face a esse elevado número de sujeitos já é difícil proceder, por exemplo, em termos de notificação pela entidade administrativa do ato, ao ponto de o CPA já prever, atualmente, a notificação por edital, como é suposto que uma pessoa (singular ou coletiva) consiga proceder à identificação de tantos sujeitos a fim de os notificar para efeitos de aceitação do compromisso arbitral? A lei não dá resposta e arriscamo-nos a acrescentar que este foi um aspeto que o legislador não ponderou e que se revela num verdadeiro entrave ao recurso a este mecanismo de resolução alternativa de litígios.

De outro ponto de vista, tal obrigação pode também revelar-se onerosa para os próprios concontrainteresados, que podem não estar interessados em participar num processo arbitral no qual não tenham qualquer benefício, sujeito a regras que não conhecem e ao julgamento de árbitros que não tiveram oportunidade de escolher e que, no fim do dia poderá dar origem encargos que os mesmos se verão obrigados a suportar¹³⁸.

O que se acaba de dizer não significa que os concontrainteresados ou mesmo os terceiros com interesse em fazê-lo, querendo, não pudessem participar no litígio – hipótese que se encontra inclusivamente prevista no artigo 36.º da LAV¹³⁹⁻¹⁴⁰. O que em nosso entender é desprovido de sentido é que a submissão do litígio à arbitragem administrativa esteja condicionada à aceitação dos concontrainteresados em virtude do simples facto de os mesmos existirem. Adicionalmente tal situação é também, só por si, um contrassenso, sobretudo se tivermos

¹³⁸ Sobre as críticas a esta previsão legal, Cfr. ANDRÉ PROENÇA, “Os concontrainteresados e a arbitragem *Op. Cit.*, pp. 195-237.

¹³⁹ Nos termos do artigo 36.º, n.º 1, da LAV: “Só podem ser admitidos a intervir num processo arbitral em curso terceiros vinculados pela convenção de arbitragem em que aquele se baseia, quer o estejam desde a respetiva conclusão, quer tenham aderido a ela subsequentemente. Esta adesão carece do consentimento de todas as partes na convenção de arbitragem e pode ser feita só para os efeitos da arbitragem em causa”.

¹⁴⁰ Esta posição é defendida por FRANCISCO PAES MARQUES para os litígios que o autor entende que resultam de uma relação jurídica multipolar parcial, isto é, aquelas em que a Administração Pública atua com vista à prossecução de uma tarefa pública, ainda que tal comportamento seja contrário aos interesses privados em causa e em relação às quais os concontrainteresados não têm poder de disposição sobre o objeto do litígio, que apenas se encontra na disponibilidade do autor ou da Administração Pública. Já não entende ser assim para os casos em que, nas palavras do autor, estão em causa litígios emergentes de relações jurídicas multipolares arbitrais, ou seja, aquelas em que o poder da Administração Pública assume um carácter neutro face aos direitos dos particulares em causa. Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, “Arbitragem e multipolaridade administrativa: *Op. Cit.*, pp. 184-186.

presente que a presença dos contrainteressados não é, no contencioso administrativo, essencial para a composição do litígio. Assim, a solução que defendemos redundaria na dispensa a autorização dos contrainteressados e permite que os mesmos, querendo, possam participar no litígio ao abrigo do artigo 36.º da LAV. Tal solução permite compatibilizar os interesses de potenciais contrainteressados, como obviar ao efeito castrador da necessidade de autorização prevista no artigo 180.º, n.º 2, do CPTA.

A questão que resta responder e que se prende com o n.º 2, do artigo 180.º, do CPTA prende-se com os efeitos que a sentença arbitral pode produzir em relação a terceiros que não tenham apresentado a sua concordância em relação ao compromisso arbitral. Na nossa ótica, a sentença produzirá igualmente efeitos jurídicos em relação a esses contrainteressados. Desde logo, porque o interesse público inevitavelmente associado ao recurso a este mecanismo de resolução alternativa de litígios e à sentença que dele emerge sempre sobreporia ao interesse do contrainteressado. Mas, além disso, e de maior relevância é que o direito à tutela jurisdicional efetiva dos contrainteressados não fica castrada, já que estes terão sempre a possibilidade de reagir contra a sentença arbitral junto do tribunal judicial competente.

Quanto ao n.º 3, do artigo 180.º, do CPTA, que prevê a possibilidade de submissão a arbitragem de litígios que surjam no âmbito de procedimentos de formação de contratos, muito há a dizer, mas deixaremos essa análise para o capítulo seguinte dedicado exclusivamente a esta temática.

Sobre o artigo 180.º do CPTA há ainda a referir um aspeto fundamental: tal como resulta da leitura e análise do mesmo, a possibilidade de recurso à arbitragem é isso mesmo – uma possibilidade. Quer isso dizer que o regime que atualmente se encontra previsto para a arbitragem administrativa é o da arbitragem voluntária.

Apesar de voluntária, coloca-se a questão de saber se a arbitragem administrativa deve ser institucionalizada ou *ad hoc* – duas modalidades distintas de arbitragem. Ora, a primeira, é levada a cabo com o apoio de centros de arbitragem com regras próprias, já a segunda é inteiramente levada a cabo pelos particulares, através das regras que estes estabelecerem e com recurso a árbitros por eles nomeados.

No ordenamento jurídico português existe uma clara preferência pela arbitragem institucionalizada, consubstanciando essa a regra nesta matéria. Essa preferência é visível quer ao nível da legislação, desde logo no CPTA, mas também na LAV, que além de admitir essa possibilidade, refere expressamente os princípios que a mesma deve seguir. A preferência

também é aclamada pela generalidade da doutrina¹⁴¹⁻¹⁴²⁻¹⁴³ que se debruça sobre esses temas e que destaca que “[a] arbitragem institucional revela que a arbitragem não vale apenas pelo árbitro, mas depende muito da qualidade da justiça administrada pelo centro de arbitragem (...)”¹⁴⁴.

De importante contributo para essa preferência revelou-se o CAAD e ao sucesso que tem vindo a ter. O CAAD é um centro de arbitragem institucionalizada e de carácter especializado criado pelo Despacho n.º 5097/2009, de 27 de janeiro, do Secretário de Estado da Justiça, alterado pelo Despacho n.º 5880/2018, de 1 de junho, da Secretária de Estado da Justiça, tendo por objeto a resolução de litígios de Direito Público respeitantes a matérias administrativas e matéria fiscal. Uma das particularidades do CAAD reside no facto de este centro concretizar um objetivo do Estado de incentivar as entidades privadas à utilização da arbitragem e de ter financiamento público tendo em vista a prossecução do interesse público, nos termos do artigo 166.º da Constituição da República Portuguesa¹⁴⁵.

O CAAD tem vindo a cumprir o seu propósito principalmente ao nível da arbitragem tributária. Em 2023, entraram no CAAD 1 064 processos em matéria tributária, sendo que cerca de 777 foram concluídos e arquivados¹⁴⁶.

Outra das novidades introduzidas pelo CAAD prende-se com a intervenção, a diversos níveis, do Estado neste centro de arbitragem. Desde logo, uma intervenção aquando da sua constituição. Depois, ao nível do seu financiamento. E, numa terceira perspetiva, ao nível da gestão deste centro de arbitragem. Recuperando uma ideia que deixámos acima, é também (mas não só) por esta intervenção do Estado no CAAD que entendemos que a arbitragem, tal como se encontra estruturada nos dias de hoje não pode corresponder a um movimento de privatização

¹⁴¹ Sobre o tema veja-se ANDRÉ GASPAR MARTINS, “A arbitragem na contratação pública: algumas questões”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, janeiro-abril 2018, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 49-56.

¹⁴² RICARDO PEDRO, “Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: *Um puzzle em construção, um palimpsesto or something different?*”, *Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, pp. 79-96.

¹⁴³ JUAN ROSA MORENO, “El arbitraje en el Derecho *Op. Cit.*, pp. 184-185.

¹⁴⁴ RICARDO PEDRO, “Arbitragem institucional e centros de arbitragem *Op. Cit.*, p. 130.

¹⁴⁵ DOMINGOS SOARES FARINHO, “Algumas notas sobre o modelo institucional do centro de arbitragem administrativa (CAAD)”, in Nuno de Villa-Lobos, Mónica Brito Vieira, (org.), *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 32.

¹⁴⁶ Cfr. Relatório Anual do Funcionamento da Arbitragem Tributária, 2023, acessível em https://www.caad.org.pt/files/documentos/relatorios/CAAD-Relatorio_Anual_Arbitragem_Tributaria_2023.pdf, consultado a 12/02/2025. Nota: foi utilizado o Relatório Anual de 2023, uma vez que o referente a 2024 ainda não se encontrava publicado à data da entrega do presente estudo.

da justiça. Ora, se a lei é clara a estabelecer uma preferência pela arbitragem institucionalizada e se o Estado assume um papel tão relevante num dos mais importantes centros de arbitragem em Portugal, resulta claro que, do nosso ponto de vista, não estamos perante uma “justiça privatizada”. O Estado assume sempre um papel importante e último de garante da legalidade.

Ao nível da arbitragem administrativa, a doutrina entende que, à semelhança do que acontece com a arbitragem tributária, o CAAD visaria também uma obtenção de resultados positivos. Consultadas as estatísticas do CAAD em matéria administrativa em relação aos anos de 2009 a 2024¹⁴⁷, apesar de o recurso ao CAAD ser de longe muito inferior em comparação com as matérias tributárias, a verdade é que um processo no CAAD tem um prazo médio de duração de 4 meses e 28 dias, o que se revela bastante significativo quando comparados com os 21 meses de duração média de um processo em primeira instância nos tribunais administrativos estaduais¹⁴⁸.

Além do CAAD existem outros centros de arbitragem autorizados a levar a cabo arbitragens, que importa referir¹⁴⁹: o centro de Arbitragem da Associação Empresaria de Portugal / Câmara de Comércio e Indústria e da Associação Industrial Portuguesa / Câmara de Comercio e Indústria; o Centro de Arbitragem da Associação de Industriais da Construção; o Centro de Arbitragem de Litígios Cíveis, Comerciais e Administrativos; o Instituto de Arbitragem Comercial; o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Luso-Espanhola.

À semelhança do que aconteceu com a arbitragem em termos gerais, a implementação da arbitragem institucionalizada teve também uma profunda influência do que se fazia além-fronteiras. Assim, a institucionalização da arbitragem deve-se também ao surgimento de diretivas europeias, com a Diretiva 2013/11/EU, relativa à resolução alternativa de litígios de consumo¹⁵⁰ e, bem assim, do Regulamento 524/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho,

¹⁴⁷ Cfr. **Anexo I** junto ao presente estudo.

¹⁴⁸ Cfr. Dados obtidos no portal “Estatísticas da Justiça”, acessível em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Duracao-media-dos-processos-findos-nos-tribunais-administrativos-e-fiscais-de-1-instancia.aspx>, consultado a 12/02/2025.

¹⁴⁹ Para maior detalhe sobre estes centros de arbitragem, cfr. RICARDO PEDRO, “Arbitragem institucional e centros de arbitragem *Op. Cit.*, pp. 129-130.

¹⁵⁰ Transposta para o ordenamento jurídico nacional através da Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, que estabeleceu os princípios e as regras a que deve obedecer o funcionamento das entidades de resolução alternativa de litígios de consumo e o enquadramento jurídico das entidades de resolução extrajudicial de litígios de consumo em Portugal que funcionam em rede.

de 21 de maio de 2013 sobre a resolução de litígios de consumo em linha, que alterou o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE.

A possibilidade de recurso a centros de arbitragem institucionalizada para a resolução de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas encontra-se prevista no artigo 187.º do CPTA. Este preceito é, desde 2004, claro ao dispor no sentido de os litígios passíveis de arbitragem nos termos do artigo 180.º do CPTA, designadamente os respeitantes a relações de emprego público, a sistemas públicos de proteção social e de urbanismo são submetidos a arbitragem institucionalizada.

Conforme *supra* referido, a arbitragem institucionalizada caracteriza-se por ser realizada com recurso a um centro de arbitragem, com as suas próprias regras, sempre que as partes (arbitragem voluntária) ou a lei assim o determinem (arbitragem necessária). Do até aqui referido resulta que existe um ente que assume um papel central quando a arbitragem é institucionalizada – o centro de arbitragem (ou centro arbitral)¹⁵¹. O centro de arbitragem assume diversas funções entre as quais podemos destacar: a disponibilização das instalações para a realização de arbitragem; a disponibilização de serviços de apoio; a disponibilização do regulamento de arbitragem; a disponibilização dos meios para a realização de arbitragem. Assim, é com facilidade que se percebe que são diversas as vantagens do recurso à arbitragem institucionalizada. Desde logo, a possibilidade de a resolução do litígio ser feita por um centro com competências e conhecimentos próprios para o fazer e de essa resolução ser levada a cabo por árbitros especializados que se encontram inscritos no centro de arbitragem em causa, o que assegura maior segurança, maior confiança, maior qualidade da decisão adotada e também permite garantir uma utilização do conhecimento adquirido em litígios anteriores. Mas também, e do nosso ponto de vista uma das suas maiores vantagens, o facto de o centro de arbitragem disponibilizar um regulamento de arbitragem, o que evita que as partes dispensem tempo a preparar um regulamento próprio. Ademais, o recurso à arbitragem institucionalizada assegura

¹⁵¹ É importante não confundir a figura do tribunal arbitral com a do centro de arbitragem. Ao passo que o primeiro tem um carácter temporário e que visa a resolução do litígio em concreto, o segundo tem um carácter permanente e integra o tribunal arbitral. Como ensina RICARDO PEDRO, “O centro de arbitragem deve dispor de normatividade ao nível orgânico que regule, nomeadamente, a sua estrutura interna, órgãos, funções (estatuto) e ao nível funcional, que regulamente o procedimento a seguir no desempenho das suas funções. Ao nível funcional desdobra-se em dois tipos de actividades: *in iudicando* e *in procedendo*. A primeira, isto é, a função jurisdicional está exclusivamente reservada ao tribunal arbitral por intermédio dos juízes-árbitros eleitos para o efeito. A segunda, ou seja, a atividade de auxílio ao exercício da função jurisdicional, desde logo, a de secretariado está, em regra, entregue ao centro de arbitragem”. Cfr. RICARDO PEDRO, “Arbitragem institucional e centros de arbitragem *Op. Cit.*, p. 110.

que são cumpridos um conjunto de princípios e que o cumprimento desses princípios é fiscalizado. Entre os princípios de aplicação relevante destacam-se o princípio da imparcialidade, o princípio da separação de poderes, o princípio da independência, o princípio da igualdade entre as partes e o princípio da confidencialidade¹⁵².

Porém, e como qualquer mecanismo de resolução alternativa de litígios, o recurso à arbitragem institucionalizada não é isento de desvantagens e críticas. Desde logo, a arbitragem institucionalizada será necessariamente mais cara do que a arbitragem *ad hoc*, uma vez que a mesma inclui custos que carecem de ser suportados pelos particulares (ou pessoas coletivas) que a ela recorram. Tal deriva do facto de os centros de arbitragem terem custos materiais e humanos (que incluem os honorários dos árbitros, mas outros custos humanos, como o do secretário da arbitragem), que têm de ser suportados para a realização da arbitragem. Por outro lado, encontrando-se institucionalizada, a arbitragem tende a ser menos *taylor-made* e menos flexível.

Além das vantagens e desvantagens que caracterizam a arbitragem institucionalizada, este mecanismo, apesar de objeto de afinações a propósito das alterações sucessivas ao CPTA, encontra-se ainda confrontado com alguns desafios. Desde logo, coloca-se a questão de saber para que lei remete o n.º 1, do artigo 187.º, do CPTA? Parece-nos, por falta de alternativa, que a remissão é feita para o Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de dezembro¹⁵³, porém, e na senda da proposta que desenvolvemos neste estudo, entendemos que o CPTA deve passar a prever, para a arbitragem institucionalizada de litígios administrativos, de um procedimento arbitral com regras e princípios próprios.

Sobre o artigo 187.º do CPTA há ainda a referir que, além da previsão do recurso à arbitragem institucionalizada, dispõe o n.º 2, do artigo 187.º, do CPTA que a vinculação de cada entidade pública depende de portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça e do membro do Governo competente em razão da matéria.

Avançando, importa também trazer à colação uma das novidades que foi sendo introduzida no CPTA: a possibilidade de impugnação das decisões arbitrais para os tribunais estaduais. Muito já se escreveu na doutrina sobre esta matéria, mas importa agora fazer uma breve resenha sobre

¹⁵² Este princípio resulta, no que respeita à arbitragem em geral, do artigo 30.º, n.º 5 da LAV.

¹⁵³ Que permite às entidades que, no âmbito da LAV, pretendam promover, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias requerer ao Ministério da Justiça para a criação dos respetivos centros.

a questão, sem prejuízo de a ela voltarmos mais tarde a propósito da questão do recurso das decisões arbitrais para os tribunais estaduais no âmbito de arbitragem no contencioso pré-contratual.

Antes de entrarmos no tema cumpre compreender o que é que o legislador do CPTA pretende dizer quando, na epígrafe do artigo 185.º-A, se refere a *impugnação* das decisões arbitrais. A explicação é facilitada se começarmos por ter em mente que o n.º 1 do referido preceito remete para a LAV. Chegados à LAV é possível constatar que a mesma se refere a dois meios de impugnação distintos: *i)* por um lado, o recurso da decisão arbitral, previsto no artigo 39.º, n.º 4; e *ii)* por outro lado, o pedido de anulação, previsto no artigo 46.º, n.º 2 e ss. Ou seja, é possível concluir que, atualmente, as decisões dos tribunais arbitrais são passíveis de recurso e de pedido de anulação para os tribunais estaduais. Note-se, porém, que o recurso das decisões arbitrais é, nos termos da LAV, excecional, sendo apenas admitido nos casos em que as partes o tenham previsto expressamente e desde que o litígio não tenha sido julgado segundo a equidade (cfr. artigo 39.º, n.º 4, da LAV¹⁵⁴).

No que respeita à arbitragem administrativa, a abordagem não é a mesma e nem sempre a solução legalmente prevista correspondeu à solução que conhecemos atualmente. Na sua primeira versão, datada de 2015, o artigo 185.º-A do CPTA continha uma remissão expressa para o disposto na LAV, referindo, para o efeito que as decisões dos tribunais arbitrais poderiam ser impugnadas nos termos e com os fundamentos estabelecidos naquela lei. Parte da doutrina¹⁵⁵ foi crítica desta solução, na medida em que entendia que não deveria existir uma remissão do CPTA para aquele regime. Posteriormente, o regime do recurso das decisões arbitrais veio a ser alterado (e alargado). A primeira alteração consta do artigo 476.º, n.º 5, do CCP, que abordaremos adiante e, a segunda, teve lugar com a revisão do CPTA em 2019 e teve como resultado a versão do artigo 185.º-A, que conhecemos atualmente. Estas alterações vieram dar resposta a uma necessidade de “[e]scrutínio sobre as decisões arbitrais que, por terem por objeto litígios jurídico-administrativos, bulem mais facilmente com os interesses fundamentais da comunidade”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ A LAV seguiu a Lei Modelo da UNCITRAL, designadamente nos termos do artigo 34.º da mesma.

¹⁵⁵ VASCO MOURA RAMOS, “Os meios contra decisões arbitrais em matéria Administrativa – Breves comentários ao regime jurídico vigente”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, (coord.), *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, p. 228.

¹⁵⁶ Cfr. *Arbitragem Administrativa: Uma Proposta Op. Cit.*, p. 90.

Quanto ao pedido de anulação das decisões arbitrais, tendo em conta o silêncio do artigo 185.º-A, do CPTA, a conclusão a retirar é a de que existe uma remissão expressa para o regime previsto na LAV e, portanto, o mesmo aplica-se diretamente¹⁵⁷.

Ao contrário do que sucedeu com o pedido de anulação, o CPTA veio estabelecer regras específicas para o recurso das decisões arbitrais.

Atualmente, e tendo em conta as disposições do CPTA, mas também do CCP é possível identificar diversos tipos de recursos: *i*) recurso para o Tribunal Central Administrativo (doravante, “TCA”) quando as partes expressamente convencionem essa possibilidade (artigo 39.º, n.º 4 da LAV *ex vi* 185.º-A, n.º 1, do CPTA); *ii*) recurso para o Tribunal Constitucional (artigo 185.º-A, n.º 2, do CPTA); *iii*) recurso com efeito meramente devolutivo para o Supremo Tribunal de Justiça (doravante, “STA”), quando a decisão arbitral esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito com acórdão proferido pelo TCA ou pelo STA (artigo 185.º-A, n.º 3, alínea a), do CPTA¹⁵⁸); *iv*) recurso com efeito meramente devolutivo para o STA, quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito (artigo 185.º-A, n.º 3, alínea b), do CPTA); e *v*) recurso com efeito meramente devolutivo para o tribunal administrativo competente, de decisões arbitrais que envolvam litígios de valor superior a 500 mil euros e resultantes do procedimentos ou contratos aos quais se aplique o CCP (artigo 476.º, n.º 5, do CCP).

À semelhança do que acontece na arbitragem em termos gerais, por uma questão de proteção dos princípios constitucionalmente previstos, isto é, o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o princípio da legalidade – deve ser sempre garantida a possibilidade de recurso das decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional para fiscalização concreta da constitucionalidade, sendo este um direito irrenunciável ao abrigo do disposto no artigo 73.º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (“**Lei Orgânica do Tribunal Constitucional**” ou “**LTC**”). O artigo 185.º-A, n.º 2, do CPTA é também claro ao deixar aberta a porta para o recurso para o Tribunal Constitucional

¹⁵⁷ Também assim entenderam os autores da proposta sobre a Lei da Arbitragem Administrativa ao referir, em anotação a possível artigo sobre a anulação da decisão arbitral administrativa que “Ao contrário do que sucede em matéria de recursos, não há, quanto à impugnação por via de anulação de decisões arbitrais em matéria administrativa, quaisquer especialidades que merecessem regulação específica”. Cfr. *Arbitragem Administrativa: Uma Proposta Op. Cit.*, p. 99.

¹⁵⁸ O preceito tem as mesmas finalidades que as do recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência, previsto nos artigos 152.º e 153.º do CPTA.

sempre que a decisão “[r]ecuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique a norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada”. De recordar é ainda que o artigo 280.º da Constituição da República Portuguesa prevê as situações em que é admitido o recurso para o Tribunal Constitucional. Por entendermos que quando se refere a “tribunais” o legislador constitucional entendeu que aí se incluíam também os tribunais arbitrais (só assim poderia ser, atendendo ao disposto no artigo 209.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa) e tendo em conta que estamos perante uma disposição imperativa e expressa, é nossa opinião que tais hipóteses não necessitam de estar novamente enumeradas no artigo 185.º-A, n.º 2, do CPTA¹⁵⁹.

Quanto aos demais tipos de recursos, a regra prevista no artigo 39.º, n.º 4, da LAV é a de que, no que respeita à arbitragem voluntária, por defeito, não existe recurso para os tribunais estaduais, sendo que a possibilidade de recurso existe quando as partes assim o prevejam. No que respeita à arbitragem necessária, a doutrina¹⁶⁰ e a jurisprudência¹⁶¹ têm entendido que a previsão do recurso é exigível, por forma a que seja sempre salvaguardado o direito de acesso ao Direito e o princípio da tutela jurisdicional efetiva. E é comumente aceite que assim seja, uma vez que, ao passo que na arbitragem voluntária, são as partes que, através de acordo entre elas, escolhem submeter-se àquela jurisdição, na arbitragem tal jurisdição é imposta pela lei encontrando-se subtraída à liberdade de decisão das partes.

O regime de impugnação das decisões arbitrais em matéria administrativa atualmente previsto é, para nós, sintomático de uma patologia a que temos vindo a fazer referência ao longo deste estudo, que se consubstancia na desconfiança que ainda existe em relação às decisões adotadas nesta sede e que reforçam a necessidade do legislador de garantir que os tribunais estaduais terão sempre a possibilidade de dar uma última palavra sobre o objeto do litígio em causa.

¹⁵⁹ Discordamos assim da doutrina que entende que tais hipóteses deveriam estar todas enumeradas no artigo 185.º-A, do CPTA. Nesse sentido, cfr. VASCO MOURA RAMOS, “Os meios contra decisões arbitrais *Op. Cit.*, pp. 238-238.

¹⁶⁰ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Implementação de uma segunda instância *Op. Cit.*, p. 101.

¹⁶¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/2013, de 24 de abril de 2013, Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, processo n.º 279/2013 e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 781/2013, de 20 de novembro de 2013, Conselheiro José da Cunha Barbosa, processo n.º 916/13, ambos acessíveis em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos.

3.3. Equidade e possibilidade de existência de julgamento arbitral de acordo com a equidade

Neste estudo, por razões de economicidade, não nos cabe debruçar-nos sobre o conceito de equidade¹⁶².

Uma das vantagens da arbitragem administrativa redonda no facto de os árbitros se encontrarem cada vez mais, à semelhança do que acontece com os juízes nos tribunais estaduais, obrigados a julgar de acordo com as regras e princípios que se encontram legalmente previstos, estando vedado o julgamento, em regra, quanto a determinadas questões, de acordo com a equidade. Entendemos que tal consubstancia uma vantagem, uma vez que associadas ao julgamento de acordo com a arbitragem surgem questões que se revelam difíceis de ultrapassar e que se prendem com a fundamentação das sentenças e, bem assim, quanto à sua recorribilidade e impugnabilidade¹⁶³.

Na arbitragem tributária o recurso à equidade para julgamento das questões que sejam submetidas aos tribunais tributários arbitrais é absoluta e incondicionalmente proibido pelo artigo 2.º, n.º 2, do RJAT¹⁶⁴, preceito que concretiza a ideia que já se encontrava expressa no preâmbulo do diploma¹⁶⁵.

À semelhança da arbitragem tributária e ao contrário do que acontece na arbitragem em geral, em relação à qual a LAV prevê no seu artigo 39.º, n.º 1 que, quando as partes assim o determinem, o julgamento das questões pode ser feito de acordo com a equidade, na arbitragem administrativa sempre que estejam em causa *questões de legalidade*, o julgamento de acordo com a equidade encontra-se expressamente vedado pelo artigo 185.º, n.º 2, do CPTA, representando este um dos limites à arbitragem de litígios jurídico-administrativos¹⁶⁶.

¹⁶² Sem prejuízo, remetemos aqui para a leitura de obras que darão ao leitor maior visibilidade sobre o conceito de equidade: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem. Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 358-376; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Lei de Arbitragem Voluntária Comentada*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 458-464; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, reimpr. 2024, pp. 278-285.

¹⁶³ MARIA FERNANDA MAÇÃS, “Notas sobre um modelo adequado de arbitragem *Op. Cit.* p. 28.

¹⁶⁴ Nos termos do qual “Os tribunais arbitrais decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade”.

¹⁶⁵ Nos termos do qual: “(...) note-se que a instituição da arbitragem não significa uma desjuridificação do processo tributário, na medida em que é vedado o recurso à equidade, devendo os árbitros julgar de acordo com o direito constituído”.

¹⁶⁶ Sobre o tema, cfr., CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Reserva de jurisdição estadual e *Op. Cit.*, p. 106.

Dispõe o artigo 185.º, n.º 2, do CPTA que “[n]os litígios sobre questões de legalidade, os árbitros decidem estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade”. Este artigo, novidade introduzida pela revisão de 2015 ao CPTA, consubstancia, em nosso entender, a transposição perfeita para a arbitragem do disposto no artigo 3.º, n.º 1, do CPTA (aplicável ao contencioso administrativo) segundo o qual: “os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação”. Porém, no 185.º, n.º 2, do CPTA o legislador foi mais longe deixando profundamente marcada a exclusão do julgamento de acordo com a equidade através do uso da expressão “estritamente”, o que consubstancia uma decorrência do princípio da legalidade, de acordo com o qual a Administração Pública se encontra vinculada a decidir de acordo com o bloco de legalidade (cfr. artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa).

Apesar de atualmente afastada como critério-regra de decisão de litígios submetidos à arbitragem administrativa¹⁶⁷, a equidade foi o critério principal de decisão de grande relevância em diversos domínios, designadamente um que nos é bastante querido em virtude do objeto do presente estudo: no contencioso dos contratos administrativos. Veja-se que, antes da entrada em vigor do CCP, o regime jurídico das empreitadas de obras públicas¹⁶⁸, cuja aplicação analógica na época se estendia a outros domínios, previa expressamente no seu artigo 222.º, n.º 2, que “[o] tribunal arbitral será constituído e funcionará nos termos do Código de Processo Civil, entendendo-se, porém, que os árbitros julgarão sempre segundo a equidade”. E, antes deste, já o Regulamento para Execução e Contabilidade das Obras Públicas, incluía já referências ao julgamento de acordo com a equidade¹⁶⁹.

Atualmente, este tema não permanece isento de celeumas. Apesar de a generalidade da doutrina concordar hoje com o entendimento que se encontra agora plasmado no artigo 185.º, n.º 2, do CPTA, existem entre nós vozes discordantes. Uma delas é a de JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, que

¹⁶⁷ Por ser entendida como fator de degradação das exigências do direito constituído e por prevalecer ainda uma perspetiva tradicional na forma de tratar o Direito Administrativo. Cfr. JOSÉ DUARTE COIMBRA, “O recurso à equidade nas arbitragens de Direito Administrativo” in Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, pp. 169-170.

¹⁶⁸ Previsto no Decreto-Lei n.º 48871, de 19 de fevereiro.

¹⁶⁹ Cfr., JOSÉ DUARTE COIMBRA, “O recurso à equidade nas arbitragens *Op.Cit.*, p. 153.

entende que o julgamento de acordo com a equidade não é um julgamento contra a lei e, por isso, o mesmo devia ser admitido, inclusive quando o litígio tem por objeto um ato administrativo¹⁷⁰. Por outro lado, JOSÉ DUARTE COIMBRA¹⁷¹, voz crítica da solução atualmente plasmada no artigo 185.º, n.º 2, do CPTA, entende que a versão atualmente em vigor do CPTA não é, por si só, suficiente para excluir o julgamento de acordo com a equidade, mesmo que, como se verá de seguida, estejam em causa questões de legalidade.

Sucedo que, ao passo que na arbitragem em geral, a lei é clara, prevendo, de forma genérica a possibilidade de recurso à equidade, a redação do artigo 185.º, n.º 2, do CPTA não é isenta de levantar dúvidas quanto à sua interpretação. Isto é, estará vedado o recurso à equidade quando estão somente em causa litígios que versem sobre questões de legalidade ou tal restrição é passível de se estender a todo o tipo de litígios sobre atos administrativos? Mais, o que se deve entender sobre litígios que versem sobre questões de legalidade?

Antes de mais, cumpre esclarecer que a regra contida n.º 2, do artigo 185.º, do CPTA não pode ser lida de forma independente em relação ao artigo 180.º, n.º 1, do mesmo código. E da leitura integrada dos dois preceitos é possível concluir que se encontram afastados do âmbito de aplicação do n.º 2, do artigo 185.º, todos os litígios que, ao abrigo do n.º 1, do artigo 180.º, não sejam passíveis de arbitragem. Em segundo lugar, é possível concluir que o recurso à equidade apenas se encontra vedado quando estejam em causa litígios que envolvam *questões de legalidade*, sendo que além destes existem também litígios que não envolvem questões de legalidade e que, por isso, em relação a estes também não se encontra vedado o recurso à equidade. Em terceiro lugar, e como ensina a doutrina é preciso ter presente que, conforme referido acima, a atual versão do n.º 2, do artigo 185.º, do CPTA se insere no contexto evolutivo das disposições sobre arbitragem administrativa, mas também dos litígios que são passíveis de arbitragem. Nesse sentido, a conclusão a que podemos chegar é a de que quando o legislador se refere a *questões de legalidade* se estará a referir a questões relacionadas com a validade dos atos administrativos e as questões relacionadas com a validade dos contratos administrativos.

¹⁷⁰ JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Arbitragem e contratos *Op. Cit.*, p 964.

¹⁷¹ O autor entende que «[o] julgamento arbitral segundo equidade, mesmo perante “questões de legalidade” pode ocorrer desde que especificamente habilitado por lei especial: pode definição, o CPTA continua a valer como lei geral e sem qualquer força paramétrica em relação a outros atos legislativos, o que não impede que, quanto a um domínio específico ou quanto a um litígio particular, o legislador não venha a ditar a possibilidade de julgamento segundo a equidade – mesmo que, sublinhe-se, esteja em causa uma “questão de legalidade”». Cfr. JOSÉ DUARTE COIMBRA, “O recurso à equidade nas arbitragens *Op. Cit.*, p. 179.

Assim, relativamente aos litígios que versem sobre a legalidade de atos administrativos não há dúvidas que possam subsistir: o artigo 185.º, n.º 2, do CPTA é claro e não resta espaço para dúvidas – o recurso à equidade encontra-se vedado pela referida norma e, por isso, as cláusulas ou compromissos arbitrais que versarem sobre questões de legalidade e que, por isso, contrariem o disposto no n.º 2, do artigo 185.º do CPTA, serão nulas por violação de norma imperativa.

Já quanto aos demais litígios, parte da doutrina – entre a qual se inclui JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA¹⁷² – é do entendimento de que a proibição do controlo de mérito expressa no preceito agora referido abrange quaisquer atos administrativos, sendo que ao juiz arbitral é possível controlar a atuação administrativa relativamente a atos que se encontrem na sua zona de discricionariedade, sendo que tal terá de ser feito nos termos do “direito constituído”.

3.4. Coercibilidade

Apesar da reconhecida e já mencionada evolução da jurisdição arbitral e da utilização que a mesma tem vindo a ter, a verdade é que os tribunais arbitrais ainda se encontram bastante distantes dos tribunais estaduais no que respeita à coercibilidade a impor no exercício das suas funções, o que não deixa de ter cabal impacto na efetividade do julgamento dos litígios levados a cabo por esta via e é mesmo encarado como um limite à arbitragem administrativa¹⁷³.

É verdade que, como analisámos, os tribunais arbitrais são material e formalmente distintos dos tribunais estaduais, porém, é impossível esquecer que existem regras e princípios que são aplicáveis a uns e a outros. Sucede que, nem o CPTA, o CCP ou a LAV preveem a possibilidade de os tribunais arbitrais executarem as suas decisões, aplicarem sanções em caso de falta de cooperação das partes com o tribunal, falta de comparência das testemunhas, falta de entrega de documento, ao contrário do que sucede no contencioso administrativo ou no processo civil (artigo 8.º, n.º 5, do CPTA e artigos 417.º e 432.º do Código de Processo Civil (doravante referido como (“CPC”))).

O tema associado à falta de coercibilidade das decisões arbitrais – circunstância que a nosso ver consubstancia um obstáculo à maior efetividade da arbitragem administrativa – faz com que as decisões dos tribunais arbitrais “[e]mbora obrigatórias e exequíveis nos mesmos termos em

¹⁷² Cfr. JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, “Equidade na arbitragem administrativa: ainda *Op. Cit.*”, p. 103.

¹⁷³ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Reserva de jurisdição estadual e *Op. Cit.*”, p. 110.

que o são as decisões dos tribunais comuns (artigo 705.º, n.º 2, do CPC), apenas poderão ser objeto de execução coerciva através de processo executivo a instaurar perante o tribunal estadual competente (artigo 47.º da Lei da Arbitragem Voluntária – LAV)¹⁷⁴. Essa circunstância “[p]ermite configurar essa competência executiva como uma reserva de jurisdição estadual em matéria de execução das decisões arbitrais”¹⁷⁵ o que se consubstancia num obstáculo uma vez que, sempre que os tribunais arbitrais pretenderem executar as suas decisões terá, necessariamente, que existir uma segunda instância executiva, instância essa que tem de ser assegurada por uma jurisdição distinta daquela na qual foi decidido o litígio. Tal, ao invés de garantir uma decisão efetiva e expedita, aliviando a pressão exercida sobre os tribunais estaduais, não passará somente de uma ilusão.

Em nosso entender, a falta de coercibilidade no que respeita à possibilidade de exigir a comparência de um terceiro deriva do facto de nos termos do artigo 27.º, n.º 3, alínea f), da Constituição da República Portuguesa e do artigo 38.º, n.º 1, da LAV este poder estar constitucionalmente entregues aos tribunais estaduais¹⁷⁶.

De destacar é que o mesmo problema se levanta ao nível da arbitragem tributária e sobre o qual já tivemos oportunidade de nos pronunciar¹⁷⁷.

3.5. No geral – alguns desafios que ainda se colocam à arbitragem administrativa

Aqui chegados, e ainda que não seja este o objeto do nosso estudo, cumpre deixar uma breve referência a alguns aspetos, com os quais fomos confrontados durante a nossa investigação e que consubstanciam ainda desafios com os quais a arbitragem administrativa tem de enfrentar.

A primeira interrogação que se suscita nesta sede é a de saber se deve o Estado intervir na constituição de tribunais arbitrais, nomeadamente através da definição de regras a que a criação

¹⁷⁴ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Implementação de uma segunda instância arbitral?”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, (coord.), *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, p. 100.

¹⁷⁵ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Reserva de jurisdição estadual e *Op. Cit.*”, p. 111.

¹⁷⁶ Tem entendido assim também a jurisprudência nacional. Veja-se para o efeito o referido pelo Tribunal da Relação de Lisboa: “A entrega do julgamento a árbitros não implica a atribuição de funções jurisdicionais; os árbitros integram o tribunal arbitral, mas não agem, como órgãos do Estado, não dispõem de poderes de autoridade, inerentes ao exercício da função jurisdicional, e a decisão que sela o seu juízo, o laudo, não tem a eficácia da sentença dos tribunais estaduais”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13.02.2014, proferido no processo n.º 724/13.2YRLSB-8, acessível em www.dgsi.pt.

¹⁷⁷ RITA CARVALHO NUNES e MARIANA CABANA, “A Arbitragem Tributária e a necessária atribuição de poderes coercivos aos tribunais arbitrais – em defesa da verdade material (um rumo possível)”, *Revista Ex-Libris*, Ano 2, n.º. 4, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, pp. 13-19.

e funcionamento de todos os tribunais arbitrais devem respeitar. Entendemos que sim. Porém, assumimos que isso levanta um problema, designadamente, tememos que tal faça emergir um dos problemas que atualmente assola os tribunais estaduais, isto é, a burocratização ao invés da flexibilização.

Outra das questões pertinentes, que tem sido tratada pela doutrina¹⁷⁸ e que está intrinsecamente ligada ao papel do Estado nos tribunais arbitrais prende-se com o papel do MP nestes tribunais. O MP assume hoje um papel nos tribunais administrativos e a sua intervenção encontra-se plasmada no artigo 85.º do CPTA. A intervenção do MP tem em vista a garantia da “[d]efesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, dos interesses públicos especialmente relevantes e de valores ou bens com relevância para justificar o desencadeamento da ação pública ou da ação popular”¹⁷⁹.

Ao contrário com o que sucede nos tribunais administrativos estaduais, o MP não assume qualquer papel de representação do Estado nos tribunais arbitrais. Assim, podemos afirmar que o legislador ignorou, por completo, a necessidade de presença do MP nestes tribunais. Esta questão foi também já abordada em Parecer da Procuradoria-Geral da República¹⁸⁰ que concluiu que “[a] lei não atribui ao Ministério Público competência para representar o Estado e os incapazes nos tribunais arbitrais”.

Sem prejuízo do que se encontra atualmente previsto, a doutrina tem entendido que as razões que subjazem à necessidade de intervenção do MP nos tribunais administrativos são as mesmas que fundamentam essa necessidade nos tribunais arbitrais. Como tal, tem vindo a ser aclamada a necessidade de uma alteração legislativa ao CPTA no sentido de se passar a incluir a intervenção do MP nos processos que sejam decididos na jurisdição arbitral, mantendo-se sempre presente “[o]s arranjos processuais necessários à fluidez do relacionamento entre o tribunal arbitral e o agente do Ministério Público competente”¹⁸¹.

Em nosso entender, a solução mais viável seria a de prever a possibilidade de o Estado se fazer representar, nos tribunais arbitrais pelo MP, ao invés de ser representado por advogados. Esta

¹⁷⁸ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A representação das pessoas coletivas na arbitragem administrativa”, *in* Agostinho Pereira de Miranda, Miguel Cancell de Abreu, Paula Costa e Silva, Rui Pena, Sofia Martins, (org.), *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, 1.ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2015, pp. 124 e ss.

¹⁷⁹ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A representação das pessoas coletivas *Op. Cit.*, p. 131.

¹⁸⁰ Parecer n.º 114/2003 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, aprovado por unanimidade a 11/03/2004 e publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 134, de 14/07/2005.

¹⁸¹ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A representação das pessoas coletivas *Op. Cit.*, p. 131.

solução (que assumimos que poderia ser temporária e meramente experimental) permitiria aferir se a estrutura atualmente pensada para o funcionamento dos tribunais arbitrais suporta ou não, do ponto de vista da flexibilidade e da fluidez, a presença do MP aquando da decisão dos litígios nos tribunais arbitrais.

4. CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL

Tendo em conta o objeto do nosso estudo – a arbitragem no contencioso pré-contratual – era impossível respondermos à nossa questão de estudo sem antes fazer referência ao contencioso pré-contratual, isto é, compreender qual a sua relevância, qual a sua origem e em que medida é que o mesmo é passível de ser articulado com a arbitragem. É o que nos propomos agora a fazer.

Para o fazermos, é importante ter presente que “[o]s procedimentos pré-contratuais constituem uma sequência de atos teleologicamente orientados para a formação de um contrato a celebrar pela Administração, mediante a configuração da relação contratual futura”¹⁸², sendo “[i]nstrumentais [e] permitindo que as entidades adjudicantes, sejam elas públicas ou privadas, façam uso da sua autonomia contratual, não se traduzindo assim no exercício de poderes unilaterais da Administração cujos actos conformam posições jurídicas finais das dos seus destinatários” e que “[o]s efeitos dos actos procedimentais são melhor qualificados como situações jurídicas transitórias, momentos de uma dinâmica que culminará primeiro num acto de adjudicação, pertencente simultaneamente à categoria dos actos procedimentais e preparatórios da declaração negocial que fará parte o posterior acordo contratual e também acto final do procedimento pré-contratual”¹⁸³.

Por nos debruçarmos sobre contratos que versam sobre questões de direito público, associada a este tema encontra-se, necessariamente, a contratação pública, entendida como “sector do ordenamento jurídico que disciplina a formação dos contratos públicos”¹⁸⁴. A importância da contratação pública no mercado único¹⁸⁵ e da economia da União Europeia, fez com que, quer ao nível europeu (através de diretivas que foram sendo aprovadas), quer ao nível nacional, fosse sentida a necessidade de criar regras únicas a que obedecessem não apenas os procedimentos de contratação pública, mas ainda que impusessem que a resolução dos conflitos emergentes da

¹⁸² RAUL RELVAS MOREIRA, “O âmbito da arbitragem administrativa no domínio *Op. Cit.*, p. 303.

¹⁸³ RUI CHANCERELLE DE MACHETE, “A submissão à arbitragem dos actos procedimentais de formação dos contratos públicos”, *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 155.

¹⁸⁴ PEDRO FERNÁNDEZ SANCHÉZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, p. 42.

¹⁸⁵ Sobre o tema, cfr. SUE ARROWSMITH, *EU Public Procurement – An Introduction*, 2010, acessível em <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>, consultado a 25/02/2025, pp. 44 e ss.

contratação pública fosse expedita, eficaz e o mais germanística possível¹⁸⁶. Tais objetivos fizeram com que, desde 2007 até aos dias que correm, a contratação pública e o contencioso da contratação pública estivessem e estejam na ordem do dia e em permanente evolução.

O contencioso pré-contratual representa uma parte do contencioso administrativo¹⁸⁷, que se dedica à resolução das controvérsias que surgem no âmbito da relação entre a Administração Pública e os particulares antes de se encontrar celebrado o contrato administrativo, isto é, que visa resolver “[d]e modo expedito, os processos em que existem suspeitas de ilegalidades durante os procedimentos pré-contratuais”¹⁸⁸. Como ensina ANA CELESTE CARVALHO, “[a] importância do contencioso pré-contratual no âmbito da globalidade dos litígios jus-administrativos foi grandemente reforçada com a aprovação do Código dos Contratos Públicos, caracterizando-se pela complexidade e elevada dificuldade técnico-jurídica, que apela e exige a interpenetração de normas de direito europeu, assim como o diálogo entre as normas substantiva, constantes do Código dos Contratos Públicos (CCP) e as normas processuais previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)”¹⁸⁹.

Importa destacar que existem dois tipos de contencioso pré-contratual. De um lado, o contencioso pré-contratual urgente e, de outro lado, o contencioso pré-contratual não urgente. O primeiro diz respeito aos contratos aos quais se aplica a Secção III, do Título III, do CPTA e que se refere aos contratos submetidos a regulação europeia. Já o segundo diz respeito à generalidade dos contratos da Administração Pública¹⁹⁰.

No que ao contencioso pré-contratual urgente diz respeito, cumpre sublinhar que, à semelhança do contencioso eleitoral (artigo 98.º do CPTA), do contencioso de massas (artigo 99.º do CPTA), da intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões (artigos 104.º a 108.º do CPTA) e para proteção de direitos liberdades e garantias

¹⁸⁶ MARCO CALDEIRA, “Contencioso da Contratação Pública”, in Tiago Serrão e José Duarte Coimbra (coord.), *Contencioso Administrativo Especial*, Lisboa, AAFDL Editora, 2021, pp. 175-177.

¹⁸⁷ A definição de contencioso administrativo que se encontra na base deste estudo consiste no conjunto de processos que tem em vista a resolução de litígios jurídico-administrativos entre a Administração Pública e os particulares.

¹⁸⁸ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, p. 870.

¹⁸⁹ ANA CELESTE CARVALHO, “Aspectos Processuais da ação de contencioso pré-contratual e dos seus incidentes, à luz do CPTA e do CCP revistos”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, 2018, Lisboa, AAFDL Editora, p. 32.

¹⁹⁰ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regime jurídico do contencioso pré-contratual não urgente”, in CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários à Revisão do CPTA e do ETAF*, Lisboa, AAFDL Editora, 2016, p. 541.

(artigos 109.º a 111.º), consubstancia uma forma de processo declarativo urgente nos termos do artigo 97.º do CPTA, com características próprias que se encontram tipificadas nos artigos 100.º a 103.º-B do CPTA.

4.1. Relevância estatística do contencioso pré-contratual

Os tribunais administrativos encontram-se atualmente assoberbados com uma avalanche de processos pendentes.

À data em que o presente estudo é apresentado e de acordo com as estatísticas oficiais publicamente disponíveis¹⁹¹, em 2023, deram entrada nos tribunais administrativos e fiscais 14 991 processos, tendo findado 14 924 e encontrando-se pendentes 20 479. Desde 2015, o número de pendências nestes tribunais nunca baixou da casa dos 20 000, o que revela bem a situação com que os tribunais administrativos e fiscais se encontram confrontados. Destes processos, em 2023 entraram 458 novos processos de contencioso pré-contratual urgente, findaram 430 e permaneciam pendentes 213, sendo este o número de pendências mais elevado deste 2015. Ademais, de acordo com as mesmas estatísticas oficiais, um processo de contencioso pré-contratual dura, em média, 6 meses a ser decidido¹⁹².

Dos números que resultam das estatísticas a que acabámos de fazer referência é também possível retirar diversas conclusões.

Em primeiro lugar, quando comparado com outras formas de processo urgente, o contencioso pré-contratual é aquele que tem menos processos pendentes, mas aquele cujos processos demoram mais tempo a ser decididos. Se compararmos os números relativos a 2023 do contencioso pré-contratual urgente com os números da intimação, percebemos que apesar de ter muito mais processos entrados (4 815) e mais processos pendentes (968), uma intimação demora cerca de 2 meses a ser decidida.

Em segundo lugar, os tribunais administrativos e fiscais têm, de facto, demasiados processos pendentes, mais do que aqueles que conseguem resolver durante um ano civil.

Em terceiro lugar, que os números do contencioso pré-contratual não são assim tão significativos, quando comparados com os números totais.

¹⁹¹ Os dados a que nos referimos dizem respeito às Estatísticas da Justiça, acessíveis em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Movimento-de-processos-nos-tribunais-administrativos-e-fiscais-de-1-instancia.aspx>, consultadas a 20/02/2025.

¹⁹² Dados acessíveis em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Duracao-media-dos-processos-fundos-nos-tribunais-administrativos-e-fiscais-de-1-instancia.aspx>, consultados a 20/02/2025.

Em quarto e último lugar, nos últimos anos o número de pendência dos processos de contencioso pré-contratual não diminuiu, o que significa que, pelo menos quanto a este tipo de processos, os tribunais não descongestionaram.

As observações que acabamos de fazer são importantes para determinar que o problema mais grave associado ao contencioso pré-contratual não é tanto o do número de processos pendentes, mas sim o do próprio processo em si e a forma como está organizado, isto porque “[é] certo que a acção de contencioso pré-contratual é uma acção acelerada, que corre mais depressa e com prazos mais curtos, mas a verdade é que esta é uma acção substancialmente decalcada da tramitação ordinária, parecendo partir da ideia de que pasta apressar a tramitação ordinária para que a urgência se cumpra”¹⁹³.

Atendendo à maior relevância que o contencioso pré-contratual urgente tem vindo a assumir entre nós, dedicaremos a ele maior atenção. Sem prejuízo, e como se verá, a regulação da arbitragem no âmbito do contencioso pré-contratual não pode, nem deve ser olvidada, sob pena de se levantar um problema de tratamento desigual dos litígios.

4.2. Diretivas Recursos

A preocupação com a efetividade do Direito Administrativo, especialmente no que se refere ao contencioso pré-contratual urgente, vai muito para além do âmbito do direito nacional. Foi nessa senda que as “Diretivas Recursos”, nome utilizado para designar a Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 30 de dezembro (relativa aos setores comuns) e a Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro (relativa aos setores especiais), na redação que lhes foi dada pela Diretiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro, vieram obrigar à criação de um mecanismo legal que visasse a resolução de litígios no âmbito da atividade pré-contratual relativa a uma série restrita de contratos, designadamente contratos de empreitada de obras públicas, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços. Estas diretivas tinham como principal objetivo a garantia da eficácia e celeridade dos processos relativos a este tipo de procedimentos e visavam assegurar que os Estados-membros adotassem as “[m]edidas necessárias para assegurar que, no que se refere aos contratos

¹⁹³ ADOLFO MESQUITA NUNES, “Por uma verdadeira urgência pré-contratual”, in Tiago Serrão, Marco Caldeira, (coord.), *A Justiça Administrativa em Portugal*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2022, p. 19.

abrangidos pela aplicação da Diretiva 2004/18/CE, as decisões das entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível [...]”¹⁹⁴.

A revisão feita pela Diretiva 2007/66/CE foi uma resposta às dificuldades dos particulares de obterem sentenças de anulação de contratos públicos. As dificuldades deviam-se a dois fatores essenciais: (i) a demora dos tribunais em proferir este tipo de decisão resultava no facto de que, quando a decisão era proferida, o contrato já se encontrava em execução há bastante tempo; (ii) à particular sensibilidade dos tribunais administrativos à posição do cocontratante que, decorrido tanto tempo desde a celebração do contrato, confiava que a sua posição se encontrava sedimentada e que não seria passível de ser alterada por uma decisão judicial. Tendo em conta estes dois fatores, a afetação da posição jurídica do interessado que se via afetado com a prática de um ato de adjudicação ilegal resumia-se a uma indemnização. A aliar a estes fatores, e por forma a não verem a decisão de adjudicação impugnada, as entidades adjudicantes iniciaram um fenómeno que ficou conhecido como a “corrida ao contrato”, procedendo à celebração do contrato o mais rapidamente possível para evitar a impugnação judicial da mesma.

Foi este enquadramento que levou a Diretiva 2007/66/CE a adotar medidas que visassem garantir o efetivo recurso a meios judiciais para impugnação do ato de adjudicação.

Entre as medidas adotadas pela Diretiva 2007/66/CE¹⁹⁵ encontra-se o período de *standstill* (cfr. artigo 2.º-A, n.º 2), que corresponde a um período mínimo de 10 dias após o ato de adjudicação em que existe um impedimento à celebração do contrato e durante o qual os participantes no procedimento devem avaliar a legalidade do ato de adjudicação. Por esta ser uma medida insuficiente quando vista isoladamente, o legislador europeu criou um mecanismo que visava prolongar os efeitos do período de *standstill* assim que fosse instaurada a ação – o tão aclamado “efeito suspensivo automático” (cfr. artigo 2.º, n.º 3). Assim, a apresentação da ação passaria a ser suficiente para suspender os efeitos do ato impugnado.

Inicialmente, as Diretivas Recursos foram transpostas para o ordenamento jurídico interno através do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de maio, que mais tarde veio a ser incorporado na

¹⁹⁴ Artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2007/66/CE do Parlamento e do Conselho, de 11 de dezembro.

¹⁹⁵ Sobre o tema, cfr. ANTÓNIO CADILHA, “CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL”, JULGAR n.º 23, maio-agosto 2014, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 207-220, acessível em <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/05/10-Ant%C3%B3nio-Cadilha.pdf>, consultado a 12/02/2025.

primeira versão do CPTA¹⁹⁶. Porém, atendendo às dificuldades associadas a essa cópia praticamente integral daquele diploma para o CPTA, ao longo dos anos e fruto das sucessivas alterações legislativas a previsão do contencioso pré-contratual urgente tem vindo a ser objeto de relevantes modificações. A mais significativa dessas alterações ocorreu com a alteração do CPTA de 2015, operada pelo Decreto-lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, no âmbito da qual surgiram novidades associadas ao contencioso pré-contratual urgente, que se encontram hoje especificadas nos artigos 100.º e ss do CPTA¹⁹⁷.

4.3. Artigos 100.º e ss do CPTA

Após a sua revisão 2015¹⁹⁸, o Título III, Secção III, do CPTA passou a referir-se ao *contencioso pré-contratual* na sua dimensão processual¹⁹⁹. Dentro desta secção é possível distinguir dois tipos de pretensões: por um lado, ações de impugnação ou de condenação à prática de atos administrativos²⁰⁰⁻²⁰¹ no âmbito de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços (cfr. artigo 101.º, n.º 1, do CPTA); por outro lado, ações de impugnação de programas de procedimento, cadernos de encargos e outros documentos conformadores de procedimento (cfr. artigo 103.º do CPTA).

Sobre o regime previsto nos artigos 100.º e ss do CPTA, importa tecer algumas considerações. Nos termos do artigo 101.º do CPTA, o prazo para a apresentação de ação de contencioso pré-contratual é de um mês. Quanto à legitimidade, dispõe também o preceito que os processos de

¹⁹⁶ Sobre o tema, cfr. MARCO CALDEIRA, “Contencioso pré-contratual urgente: duas décadas, dois problemas (quase) insolúveis”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 5, outubro 2024, Lisboa, AAFDL Editora, p. 87.

¹⁹⁷ Sobre o tema, cfr. MARCO CALDEIRA, *Estudos sobre o contencioso pré-contratual*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, pp. 12 e ss.

¹⁹⁸ Levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro e que teve como intenção expressa a adaptação do regime às diretivas da União Europeia. Nesse sentido, é possível ler no preâmbulo do diploma: “O segundo diz respeito ao contencioso pré-contratual urgente, regulado nos artigos 100.º e seguintes, cujo âmbito de aplicação é, desde logo, alargado, de modo a abranger o contencioso relativo à formação de todos os tipos contratuais compreendidos pelo âmbito de aplicação das diretivas da União Europeia em matéria de contratação pública”.

¹⁹⁹ RICARDO PEDRO, “Da efetividade do direito *Op. Cit.*, p. 21.

²⁰⁰ Na revisão de 2015 o legislador acolheu o entendimento que vinha sendo assumido pela doutrina e jurisprudência de que o contencioso pré-contratual seria também aplicável a ações de condenação de prática de ato administrativo e não apenas à impugnação de ato administrativo – Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo Op. Cit.*, pp. 138-139.

²⁰¹ Na opinião de autores como PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, esta alteração consubstanciou somente “[u]ma mera clarificação, porquanto, em linha com o que já era defendido pela generalidade da doutrina, estamos em crer que nada obstava a que, anteriormente, fosse intentada uma acção de condenação à prática de acto administrativo devido”. Cfr., PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O regime do contencioso pré-contratual urgente”, in Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves, Tiago Serrão (coord.), *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*, 3.ª edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, p. 891.

contencioso pré-contratual podem ser apresentados “por qualquer pessoa ou entidade com legitimidade nos termos gerais”. No que à tramitação do processo diz respeito, as regras a aplicar são as aplicáveis à ação administrativa, com as especificidades previstas no artigo 102.º do CPTA, que se justificam por estar em causa um processo urgente.

Conforme enunciado, a impugnação dos documentos do procedimento encontra agora previsão autónoma no artigo 103.º do CPTA. Ao contrário do que sucede com as ações de impugnação ou de condenação à prática de atos administrativos, às ações de impugnação de documentos conformadores do procedimento são aplicáveis somente as disposições do artigo 103.º e 102.º do CPTA, tal como expressamente previsto no primeiro preceito. Quanto ao procedimento subjacente a este tipo de processo, dispõe o n.º 3, do artigo 103.º, do CPTA que o pedido de declaração de ilegalidade de norma procedimental pode ser cumulado com o pedido de impugnação do ato administrativo que aplique tal norma.

Também em virtude das imposições das Diretivas Recursos e à semelhança do que já havia sido feito no CCP, o legislador transpôs, para o CPTA, o período de *standstill* – um período de dez dias que medeia entre a adjudicação e a celebração do contrato e durante o qual não podem ser praticados atos no âmbito do procedimento – dando assim cumprimento à obrigação de transposição da Diretiva 2007/66/CE.

Também em 2015, o legislador introduziu uma outra novidade resultante das Diretivas Recursos no âmbito do contencioso pré-contratual: o efeito suspensivo automático. Contudo, o legislador nacional foi mais audaz do que o legislador europeu, tendo previsto a possibilidade de produção de efeitos do efeito suspensivo automático mesmo nos casos em que a ação é intentada após o período de *standstill* ou após a celebração do contrato. A previsão do efeito suspensivo automático resultou de uma “[p]onderação legislativa entre (i) a necessidade de assegurar a eficácia da tutela jurisdicional dos concorrentes preteridos por uma adjudicação potencialmente ilegal e (ii) a prossecução do interesse público através do contrato adjudicado. Nesta ponderação, o legislador deu clara primazia à primeira, admitindo não só a suspensão do procedimento pré-contratual mas também da execução do próprio contrato, tudo, como indicado, em prol da utilidade e efetividade da impugnação deduzida através deste meio

processual urgente e da sentença que venha a ser proferida”²⁰². No entender dos tribunais portugueses, «[o] fim ou o objetivo do efeito suspensivo automático constante do artigo 103º-A/1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos é a tutela jurisdicional efetiva da posição jurídica do autor, evitando o facto consumado resultante da “corrida ao contrato” e favorecendo *ex legis* a apreciação jurisdicional útil ou consequente da legalidade do ato administrativo de adjudicação»²⁰³.

De destacar é ainda que o balanço sobre a utilização do mecanismo do efeito suspensivo automático não foi positivo. Não nos pretendemos alongar sobre o tema²⁰⁴, mas esse balanço negativo deveu-se ao facto de este mecanismo ter sido aproveitado como forma de ter os procedimentos suspensos durante mais tempo e fazer pressão sobre as entidades adjudicantes a lançar novos procedimentos. Esta circunstância foi agravada pelo facto de os tribunais administrativos e fiscais estarem sobrecarregados com processos e, por isso, demorarem muito tempo a decidir, quer sobre os pedidos de levantamento do efeito suspensivo automático, quer sobre as próprias ações de contencioso pré-contratual.

Na senda das críticas que foram sendo apontadas à eficácia do efeito suspensivo automático²⁰⁵, em 2019, a previsão do efeito suspensivo acabaria mesmo por ser revista, limitando o seu âmbito de aplicação. Assim, ao passo que ao abrigo da sua redação original, ficariam suspensos os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato se o mesmo já tivesse sido celebrado, com a redação revista, a suspensão dos efeitos só se aplica a procedimentos aos quais é aplicável o disposto no n.º 3, do artigo 95.º ou na alínea a), do n.º 1, do artigo 104.º, ambos do CCP e desde que a ação seja proposta no prazo de dez dias úteis contados da data de adjudicação (isto é, durante o período de *standstill*). Sobre as consequências do efeito suspensivo automático, muito tem escrito a doutrina. Autores como MÁRIO AROSO DE ALMEIDA entendem que “[n]a

²⁰² DUARTE RODRIGUES DA SILVA, “O levantamento do efeito suspensivo automático no contencioso pré-contratual”, *Cadernos Sêrvulo de Contencioso Administrativo e Arbitragem*, n.º 1, 2016, acessível em https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/03_CADERNOS/2016/Pub_DRS_Caderno_Servulo_de_Contencioso_Administrativo_e_Arbitragem_NoI.pdf, consultado a 25/02/2025.

²⁰³ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 24/11/2016, proferido no âmbito do processo n.º 919/16.7BELSB, acessível em www.dgsi.pt.

²⁰⁴ Outros o fizeram noutra sede e bastante bem. Cfr. MARCO CALDEIRA, “Contencioso da Contratação Pública *Op. Cit.*, pp. 207-222.

²⁰⁵ Referidas expressamente na exposição de motivos da Lei n.º 168/XIII, acessível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a684c7a41784d5456694d474d7a4c5449774e6a51744e446c694e4330344d5451784c546b334d5459334e6a4e685a5745334e53356b62324d3d&fich=0115b0c3-2064-49b4-8141-9716763aea75.doc&Inline=true>, consultado a 25/02/2025.

prática, implica que passa a ser de dez dias o prazo dentro do qual passa a ser possível proceder-se a uma impugnação com efeito útil dos atos de adjudicação dos contratos do contencioso pré-contratual urgente – e isto, só no que diz respeito à impugnação de adjudicação dos contratos em relação aos quais o CCP impõe a proibição de celebração dentro do período de *standstill*²⁰⁶.

Não se pense, contudo, que o efeito suspensivo automático dura para sempre. A versão originária do n.º 2, do artigo 103.º-A, do CPTA começou por prever que “No caso previsto no número anterior, a entidade demandada e os contrainteressados podem requerer ao juiz o levantamento do efeito suspensivo, alegando que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos, havendo lugar, na decisão, à aplicação do critério previsto no n.º 2 do artigo 120.º”. A doutrina não aceitou acriticamente o preceito, tendo-se dividido em três setores. De um lado, os que defendiam que, como o preceito não indicava um prazo expresse para o pedido de levantamento do efeito suspensivo, dever-se-ia aplicar o prazo supletivo de 5 dias, a que se refere a alínea c), do n.º 3, do artigo 102.º, do CPTA. De outro lado, os que defendiam que deveria existir uma coincidência entre o prazo para apresentação da contestação (20 dias, nos termos do artigo 102.º, n.º 3, alínea a), do CPTA) e o prazo para ser requerido o levantamento do efeito suspensivo automático²⁰⁷. Por fim, os que defendiam que o pedido de levantamento do efeito suspensivo podia ser requerido a todo o tempo²⁰⁸. Posteriormente, aquando da revisão de 2019, o legislador veio emendar a mão, passando o artigo 103.º-A, n.º 2, do CPTA, que “Durante a pendência da ação, a entidade demandada e os contrainteressados podem requerer ao juiz o levantamento do efeito suspensivo”.

Também em 2019, e relativamente ao pedido de levantamento do efeito suspensivo automático, o legislador acabou com o duplo critério que até então existente. Porém, a formulação do preceito²⁰⁹ continuava a levantar dúvidas uma vez que o legislador tinha lançado mão de conceitos de difícil determinação, como “gravemente prejudicial” e “consequências lesivas

²⁰⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo Op. Cit.*, p. 141.

²⁰⁷ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 115, janeiro-fevereiro de 2016, p. 17.

²⁰⁸ DUARTE RODRIGUES DA SILVA, “O levantamento do efeito suspensivo automático *Op. Cit.*, p. 10.

²⁰⁹ Que passou a determinar que “O efeito suspensivo é levantado quando, ponderados todos os interesses suscetíveis de serem lesados, o diferimento da execução do ato seja gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”.

claramente desproporcionadas”. Em 2021, o preceito volta novamente a ser alterado, pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, e passou a prever no n.º 4, do artigo 103.º-A, do CPTA que o efeito suspensivo é levantado quando, devidamente ponderados todos os interesses públicos e privados em presença, os prejuízos que resultariam da sua manutenção se mostrem superiores aos que podem resultar do seu levantamento.

Sem prejuízo do mérito que a transposição deste mecanismo de aceleração processual possa merecer, a verdade é que o legislador devia, em nosso entender, e desde 2021 (data da última alteração ao preceito) ter feito melhor. Desde logo, porque uma vez interpostas no prazo de dez dias acima referidas, todas as ações ficarão automaticamente suspensas, independentemente da bondade que assista ao pedido do autor. Assim, não podiam ser mais oportunas as interrogações de ADOLFO MESQUITA NUNES quando questiona se o legislador fez tudo quanto podia para acautelar “[i] o interesse público da entidade adjudicante, que não pode ficar indefinidamente à espera de uma decisão que permita responder às necessidades coletivas, ii) o interesse subjetivo do cocontratante ou adjudicatário, que não pode esperar indefinidamente pela estabilização da sua posição, iii) o interesse subjetivo do próprio autor, que não tensiona que o objeto do contrato se extinga, nem quer perder o interesse durante a suspensão, e iv) o interesse subjetivo do autor se o efeito suspensivo tiver sido levantado”²¹⁰.

Mas somos ainda capazes de acrescentar mais uma interrogação pertinente, sobretudo no âmbito do presente estudo: será que o legislador fez tudo quanto podia para procurar a satisfação do interesse público subjacente à celeridade de julgamento da causa? Isto ocorre porque, ao saber que o efeito suspensivo foi decretado, o sistema judicial sente-se menos pressionado a dar uma resposta, uma vez que, nas ações em que o efeito suspensivo está em vigor, o direito do particular não está, ainda que temporariamente, em risco.

Avançando, no âmbito do contencioso pré-contratual urgente merece ainda destaque a possibilidade de adoção de medidas provisórias, atualmente prevista no artigo 103.º-B, do CPTA. As medidas provisórias consubstanciam uma alternativa ao efeito suspensivo automático e, na opinião de autores como MARCO CALDEIRA, a alteração do CPTA de 2019, fez com que o efeito suspensivo automático se convertesse “[n]um mecanismo (ainda mais)

²¹⁰ ADOLFO MESQUITA NUNES, “A Imperfeição da urgência *Op. Cit.*, pp. 36-37.

residual, passando as medidas provisórias a ocupar o lugar cimeiro em matéria de garantia do efeito útil da sentença a proferir nos processos de contencioso pré-contratual”²¹¹.

Por último, mas não menos importante, e ainda no âmbito das medidas implementadas pelo legislador no âmbito do contencioso pré-contratual, a revisão do CPTA de 2015, aditou ao artigo 180.º, um n.º 3, que consagrou a possibilidade de recurso à arbitragem no contencioso pré-contratual. A necessidade de previsão da arbitragem para litígios emergentes na formação de contratos, já havia sido reconhecida anos antes, quando, em 2010, a Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril, que aprovou o Orçamento do Estado para 2010, no artigo 128.º, relativo à autorização ao Governo para alteração ao CPTA previu expressamente no seu n.º 3, alínea j) que: “No âmbito das normas que fixam a competência dos centros de arbitragem, consagração da possibilidade de julgamento de questões respeitantes à formação e à execução dos contratos, incluindo a apreciação de atos administrativos, sem prejuízo das regras especiais relativas à arbitragem em matéria tributária”. Sucede, porém, que tal autorização legislativa não chegou a ser utilizada.

Deixamos para diante os nossos comentários sobre o mérito deste n.º 3, do artigo 180.º, do CPTA. Porém, não podemos avançar sem que fique claro que o n.º 3, do artigo 180.º, do CPTA consubstancia uma lei especial em face do disposto no artigo 476.º do CCP, a que também adiante teremos oportunidade de dedicar a nossa atenção. Sobre o artigo 180.º, n.º 3, do CPTA, adiantamos apenas, e para já, que, ao passo que a versão anterior do preceito (resultante da revisão de 2015 ao CPTA), estabelecia que o mesmo se aplicava à “impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos”, a versão atualmente em vigor, introduzida aquando da revisão de 2019, aplica-se somente à “impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º [do CPTA]”.

Por fim, é importante destacar que a revisão de 2019 do CPTA introduziu uma novidade significativa: a criação dos juízos especializados de contratação pública, previstos na alínea c), do n.º 5, do artigo 9.º, do ETAF, os quais foram regulamentados pela Portaria n.º 121/2020, de 22 de maio.

²¹¹ MARCO CALDEIRA, “Contencioso da Contratação Pública *Op. Cit.*, p. 234.

5. A ARBITRAGEM NO CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL: O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL

5.1. Relevância estatística: dados do CAAD

Apesar da dificuldade de acesso a dados estatísticos em Portugal, não podemos deixar uma breve nota sobre a informação que conseguimos recolher ao longo da nossa investigação.

Antes de nos referirmos às estatísticas que nos foram disponibilizadas pelo CAAD, é importante destacar que, de acordo com a informação publicamente acessível, as estatísticas apontam para uma satisfação generalizada dos utilizadores com os mecanismos de resolução alternativa de litígios, designadamente da arbitragem. De acordo com o Relatório sobre o Acompanhamento dos Meios de Resolução Alternativa de Litígios, 11.^a Edição, da Direção-Geral da Política de Justiça, relativo ao período compreendido entre 1 de janeiro e 31 de dezembro de 2023²¹² e relativos aos centros de arbitragem institucionalizados, “[o]s centros de arbitragem apresentaram, em todos os indicadores, um valor médio superior a 7 pontos em 10 possíveis, valor que corresponde ao nível de “satisfação” (média de 8,0 pontos)”. Da análise dos dados a do referido relatório, é possível concluir que os meios de resolução alternativa de litígios, especialmente a arbitragem, têm feito sucesso entre os seus utilizadores, o que, em nosso entender, demonstra, à partida, que deve continuar a existir um investimento legislativo nestas matérias.

Tendo já por referência as estatísticas que nos foram disponibilizadas pelo CAAD²¹³, se olharmos para as os dados referentes a 2023, é possível concluir que deram entrada no CAAD 135 processos, sendo a totalidade respeitante a processos de arbitragem. Desse total, 135 processos (89,6%) diziam respeito a relações judiciais de emprego público, 7 processos tinham como objeto matérias de contratação pública (5,2%), 6 processos (4,4%) diziam respeito a outro tipo de processos e apenas 1 processo (0,7%) tinha por objeto contencioso pré-contratual.

Em relação a 2024, podemos observar que o número de processos entrados no CAAD cresceu substancialmente, passando de 135 para 250 processos, sendo que todos esses processos diziam respeito a processos de arbitragem. Do número total de processos 230 (92%) foram processos

²¹² Acessível em https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Relatorio_Satisfacao_Meios%20RAL_2023.pdf e consultado a 25/02/2025.

²¹³ Constantes do Anexo I ao presente estudo.

relativos a relações jurídicas de emprego público, 11 processos (4,4%) foram processos relativos a contratação pública e 8 processos (3,2%) diziam respeito a outras matérias. No que à arbitragem administrativa no contencioso pré-contratual é possível concluir que, em 2024, dos 250 processos de arbitragem que deram entrada no CAAD apenas 1 (0,4%) diz respeito a contencioso pré-contratual urgente. O tempo médio decisão foi de 5 meses e 17 dias.

Ao analisar as estatísticas a que acabamos de nos referir, é possível concluir que, embora o número de processos registados no CAAD tenha aumentado em 2024, em comparação com 2023, o número de processos relativos à arbitragem pré-contratual não só não apresentou aumento, como se manteve limitado a um único processo.

Estes números, comparados com os dados estatísticos dos tribunais administrativos e fiscais que referimos e analisámos atrás, permitem concluir que a arbitragem no contencioso pré-contratual, solução introduzida em 2017 pelo artigo 476.º do CCP, não está a dar os resultados que a solução visava alcançar, isto é, que a arbitragem institucionalizada se torna-se uma verdadeira alternativa ao recurso aos tribunais estaduais e que estes últimos passassem a estar mais descongestionados, pelo menos no que a estas matérias diz respeito.

Como demonstraremos, estes resultados não surpreendem e são, em nosso entender, o resultado de um regime que é confuso e contraditório entre si, designadamente entre as disposições do CCP e do CPTA.

5.2. Previsão do artigo 180.º e ss do CPTA

Como já tivemos oportunidade de antecipar, as últimas décadas foram de intenso desenvolvimento no que à arbitragem administrativa diz respeito e as questões relacionadas com a possibilidade de recurso à arbitragem para dirimir litígios relacionados com a formação de contratos públicos não foram exceção. Como se disse, e no que respeita à arbitragem, a primeira previsão no CPTA sobre a matéria tinha âmbito objetivo de aplicação reduzido – apenas admitindo o recurso à arbitragem para resolução de litígios relacionados com a execução de contratos, de questões de responsabilidade civil extracontratual e de questões relativas a atos administrativos que pudessem ser revogados sem fundamento na sua invalidade – que, com as posteriores alterações, foi sendo alargado.

A arbitragem no contencioso pré-contratual foi uma novidade introduzida no CPTA pela revisão de 2015, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro. Como se referiu

acima, essa primeira versão do n.º 3, do artigo 180.^{o214}, do CPTA era de caráter genérico e dizia respeito à impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos em geral.

Sucedeu que, com a revisão de 2019, foram introduzidas grandes alterações no n.º 3, do artigo 180.^{o215}. Depois dessa revisão, o artigo passou claramente a aplicar-se somente aos atos pré-contratuais emergentes na fase de formação dos contratos administrativos previstos nos artigos 100.^o e ss do CPTA.

A par da evolução e das alterações do artigo 180.^o, n.º 3, do CPTA, em 2017, através da revisão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, também o CCP passou a abranger a possibilidade de recurso à arbitragem nos casos de impugnação de atos pré-contratuais.

Assim, compreende-se (e concorda-se) com a doutrina que entende que estes dois preceitos são parte de um movimento de especialização da arbitragem administrativa²¹⁶.

Sucedeu que este movimento de especialização não surgiu sem mais. Desde 2002 (ano em que entrou em vigor a primeira versão do CPTA), que se discutia a possibilidade de existir arbitragem de litígios que surgissem na fase de formação do contrato, designadamente a possibilidade de o artigo 180.^o, n.º 1, alínea a), do CPTA²¹⁷ abranger também essa possibilidade. Nessa altura, um setor da doutrina entendia que os atos que precedessem a celebração do contrato – decisão de lançar o procedimento, ato de adjudicação e decisão de celebrar o contrato – não deveriam ser incluídos em tal previsão legal uma vez que “[o] recurso à arbitragem para questões respeitantes a contratos está genericamente facultado pelo artigo 180.^o, n.º 1, alínea a),

²¹⁴ Nos termos da qual: “A impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos pode ser objeto de arbitragem, mediante previsão no programa do procedimento do modo de constituição do tribunal arbitral e do regime processual a aplicar, que, quando esteja em causa a formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.^o, deve ser estabelecido em conformidade com o regime de urgência previsto no presente Código para o contencioso pré-contratual”.

²¹⁵ Nos termos do qual: “Quando esteja em causa a impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.^o, o recurso à arbitragem seguirá os termos previstos no Código dos Contratos Públicos, com as seguintes especialidades: a) O regime processual a aplicar deve ser estabelecido em conformidade com o regime de urgência previsto no presente Código para o contencioso pré-contratual; b) Em litígios de valor igual ou inferior ao previsto no n.º 5 do artigo 476.^o do Código dos Contratos Públicos, da decisão arbitral cabe recurso urgente para o tribunal administrativo competente, com efeito meramente devolutivo, se essa possibilidade tiver sido salvaguardada pela entidade adjudicante nas peças do procedimento, ou declarada por algum dos concorrentes ou candidatos nas respetivas propostas ou candidaturas”.

²¹⁶ RICARDO PEDRO, “Da efetividade do direito *Op. Cit.*, p. 18.

²¹⁷ Que na sua primeira versão dispunha que o tribunal arbitral podia julgar “Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de atos administrativos relativos à respetiva execução”.

no pressuposto de que nos encontramos perante um espaço de autonomia pública, dedicando nesse caso a arbitragem do exercício dessa mesma autonomia. O procedimento da seleção do co-contratante pela Administração é um procedimento prévio em relação à contratação e está sujeito a regras próprias, que podem envolver a criação de poderes estritamente vinculados”^{218_219}. Por outro lado, um outro setor da doutrina, defendia que o facto de a alínea a), do n.º 1, do artigo 180.º do CPTA não incluir a possibilidade de julgamento, pela via arbitral, de litígios relativos à formação dos contratos se revelava contraditório com a previsão (genérica) da arbitragem de atos praticados no âmbito da execução de contratos²²⁰.

Mais tarde, em 2010, e tal como já se referiu a propósito da arbitragem tributária, a Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril, que aprovou o Orçamento do Estado para 2010, conferiu ao Governo, no seu artigo 128.º, n.º 3, alínea j), uma autorização legislativa para legislar nestas matérias. Sucede que tal autorização caducou não tendo sido aprovada qualquer alteração legislativa sobre estas matérias.

Assim, somente em 2015 é que foi consagrada no CPTA a possibilidade de recurso à arbitragem para a resolução de litígios decorrentes do procedimento de formação dos contratos, pondo fim à intensa discussão doutrinária que perdurou até então. Não obstante a boa intenção do legislador de 2015, e como já foi mencionado, a redação do n.º 3 do artigo 180.º do CPTA não corresponde à que atualmente se encontra em vigor nesse código. Na versão de 2015 do n.º 3, do artigo 180.º, do CPTA, o recurso à arbitragem para impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos estava dependente da previsão, no programa de procedimento do modo de constituição do tribunal arbitral e do regime processual a aplicar. E tudo parecia estar a andar no caminho certo quando, em 2017, através do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, o CCP foi alterado e foi introduzido o artigo 476.º sobre a resolução alternativa de litígios emergentes de procedimentos ou de contratos aos quais se aplicasse tal código (cfr. n.º 1). A iniciativa – que teve como objetivo assegurar “[u]m julgamento mais rápido e menos oneroso de litígios que oponham cidadãos e empresas às entidades públicas em matéria de contratação pública”²²¹ – foi de louvar. Sucede, porém, que, como teremos oportunidade de densificar adiante, o legislador ao invés de criar um regime que fosse efetivamente aplicável e

²¹⁸ JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Arbitragem e contratos *Op.Cit.*, p. 955.

²¹⁹ Com o mesmo entendimento, cfr. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos Op. Cit.*, p. 242.

²²⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Sobre o âmbito das matérias *Op. Cit.*, p. 24.

²²¹ Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

que assegurasse a correta implementação da arbitragem administrativa no contencioso pré-contratual, criou um regime de difícil aplicação e incompatível com o regime até então previsto no artigo 180.º, n.º 3, do CPTA. Em virtude desta alteração ao CCP, o artigo 180.º do CPTA volta, em 2019, a ser alterado para a versão que conhecemos hoje.

A versão atual do n.º 3, do artigo 180.º, do CPTA versa exclusivamente da possibilidade de recurso à arbitragem para questões relacionadas com atos administrativos relativos à formação de contratos previstos nos artigos 100.º e ss do CPTA, como contratos de empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, aquisição ou locação de bens móveis e aquisição de serviços, excluindo, assim, as questões relativas à impugnação de normas que surgem nesse contexto. Por intermédio deste preceito, o legislador impôs diversas exigências aplicáveis caso se pretenda lançar mão do mecanismo da arbitragem. Desde logo, existe uma remissão expressa para o regime previsto no artigo 476.º do CCP (razão pela qual veremos no ponto seguinte deste estudo, quais as condições impostas por esse artigo para que possa existir arbitragem), sendo que o regime a ser estabelecido – nas peças do procedimento – terá de “estar em conformidade”²²² com o regime de urgência previsto nos artigos 100.º e ss do CPTA²²³.

Mas o que sucederá se o regime previsto na convenção de arbitragem não respeitar o regime de urgência previsto nos artigos 100.º e ss do CPTA? Parece-nos que a solução pode ser uma de duas. Por um lado, a invalidade da convenção de arbitragem, passando a competência do litígio a caber aos tribunais estaduais e a aplicar-se, necessariamente, o regime do CPTA. De outro lado, mantendo-se a validade da convenção de arbitragem e, por isso, a competência dos tribunais arbitrais para o julgamento do litígio, a aplicação do regime de urgência do CPTA, suprimindo a falta da referência ao regime de urgência. Do nosso ponto de vista, a solução a adotar dependerá da circunstância de a convenção de arbitragem ser contrária ou simplesmente omissa quanto a esta questão. No primeiro cenário, isto é, em caso de contradição entre a convenção de arbitragem e o regime de urgência, é nosso entender que tal cláusula arbitral deverá ser

²²² A doutrina tem defendido que a inclusão da expressão “em conformidade” “[n]ão significa que a arbitragem tenha de seguir um regime processual decalcado no que consta neste Código e assumir a tramitação prevista nos artigos 100.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Neste sentido, as regras processuais aplicáveis à arbitragem podem assumir uma tramitação diferente da prevista naquele Código, desde que, do ponto de vista material, as preocupações de urgência que lhe são subjacentes, desde logo em matéria de celeridade e de efeitos substantivos aplicáveis à impugnação, estejam asseguradas”. Cfr. RICARDO GUIMARÃES, “A arbitragem e a revisão do Código dos Contratos Públicos”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, janeiro-abril de 2018, Lisboa, AAFDL Editora, p. 88.

²²³ O que inclui, como já vimos, o efeito suspensivo automático a que se refere o artigo 103.º-A do CPTA.

inválida e, por isso, a competência transferir-se para os tribunais estaduais, aplicando-se na íntegra o regime do CPTA nesta matéria. No segundo cenário, se a convenção de arbitragem for simplesmente omissa quanto ao tema, então deverá ser admitida a possibilidade de integração desta lacuna através da aplicação do regime de urgência previsto nos artigos 100.º e ss do CPTA, permanecendo os tribunais arbitrais competentes para o julgamento e decisão do litígio.

Em virtude do que precede, é importante questionar também em que momento deve ocorrer a produção do efeito suspensivo automático a que se refere o artigo 103.º-A do CPTA. A pergunta assume especial relevância, uma vez que, ao contrário do que sucede numa ação apresentada perante os tribunais estaduais, o pedido de constituição do tribunal não tem de ser necessariamente acompanhado de uma petição inicial (artigo 33.º, n.º 1, da LAV). Contudo, e sob pena de o efeito suspensivo automático perder o seu efeito útil, entende-se que, caso esteja em causa o pedido de constituição de tribunal arbitral para efeitos de decisão de um litígio referente a ato do procedimento de formação do contrato, então o pedido de constituição do tribunal tem de ser acompanhado da petição inicial.

5.3. Condições para utilização da arbitragem no contencioso pré-contratual – o artigo 476.º do CCP

Apesar de ter sempre incluído disposições relativas a arbitragem, apenas com a revisão de 2017²²⁴, é que o CCP passou a incluir uma disposição específica sobre esta matéria – o artigo 476.º. Este preceito veio dar resposta a muitas das exigências até então feitas pela doutrina administrativa, pela jurisprudência, mas também concretizar os objetivos constantes do Programa do XXI Governo Constitucional (2015-2019)²²⁵. Entre os objetivos referidos, constava a promoção do descongestionamento dos tribunais através de diversas medidas de entre as quais destacamos o alargamento da competência e da rede dos centros de arbitragem²²⁶ e, bem assim, a adesão da Administração Pública à jurisdição dos centros de arbitragem

²²⁴ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

²²⁵ Acessível em <https://www.portugal.gov.pt/ficheiros-geral/programa-do-governo-pdf.aspx>, consultado a 12/02/2025.

²²⁶ JOÃO MIRANDA referiu, a propósito da revisão do CCP que com o artigo 476.º do CCP mais do que inovar, o legislador pretendeu “[i]mprimir uma maior relevância à arbitragem em sede de contratação pública”. Cfr. JOÃO MIRANDA, “Novidades sobre arbitragem no anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos” in Maria João Estorninho e Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência a Revisão do Código dos Contratos Públicos*, ICJP-CIDP, 2016, p. 359, acessível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_revisaoccp_icjp2016_fct.pdf, consultado a 12/02/2025.

administrativa já existentes, tendo em vista “[u]m **juízo mais rápido e barato de litígios** que oponham cidadãos e empresas às entidades públicas, **designadamente, em matéria de contratação pública**, funcionalismo público e contencioso em matéria de utilização de fundos comunitários, sem prejuízo de exclusões motivadas por questões de segurança e de defesa” (destaque aditado).

De forma introdutória, o artigo 476.º vem ditar para o ordenamento jurídico interno três regras essenciais no que respeita ao contencioso pré-contratual. Em primeiro lugar, que a entidade adjudicante tem a faculdade de impor aos participantes de determinado procedimento a jurisdição arbitral – discutiremos adiante se será mesmo assim. Em segundo lugar, uma preferência clara pela arbitragem institucionalizada. Em terceiro lugar, que nos litígios de valor superior a 500 mil euros há sempre recurso para os tribunais administrativos. Veremos adiante qual o impacto destas regras.

Sem prejuízo da relevância deste artigo 476.º, o tema da arbitragem no contencioso pré-contratual não pode ser visto de forma autónoma em relação à arbitragem administrativa e à arbitragem em geral. Desde logo, porque o artigo 476.º do CCP apenas diz respeito aos litígios emergentes de procedimentos aos quais se aplique o CCP. Adicionalmente, considerando que o artigo 476.º do CCP especifica as regras para os litígios relacionados a atos de procedimentos pré-contratuais e contratos, a interpretação desse dispositivo legal não pode ser dissociada das disposições do CPTA, especialmente do seu artigo 180.º. É em função dessa leitura integrada dos três diplomas – CCP, CPTA e LAV – que surgem os principais problemas que trataremos neste estudo.

5.3.1. As dúvidas interpretativas em redor do artigo 476.º, n.º 1, do CCP

Embora no presente estudo centremos a nossa atenção nas questões em redor na arbitragem no contencioso pré-contratual, o artigo 476.º do CCP foi mais longe dispondo que pode ser submetida à arbitragem “[a] resolução de litígios emergentes de procedimentos ou contratos aos quais se aplique o presente Código”²²⁷, o que significa que a abordagem do legislador foi para lá dos litígios pré-contratuais.

²²⁷ No entender de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO a solução não foi uma novidade e consubstancia uma consagração no CCP da realidade que já se encontrava prevista no artigo 180.º do CPTA. Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Nota sobre a arbitragem administrativa no Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos, *Newsletter do CAAD*, n.º 1, 2016, p. 4.

Como teremos oportunidade de analisar nos próximos parágrafos, muitas são as dúvidas que se levantam sobre as soluções previstas no artigo 476.º do CCP. E diríamos que a primeira surge logo a propósito do que se referiu no parágrafo anterior. Vejamos. Como se disse, o n.º 1, do artigo 476.º, prevê que o recurso à arbitragem ou a outros meios de resolução alternativa de litígios é permitido *nos termos da lei*. A questão que se levanta é a de saber a que lei se refere o preceito? Ao próprio CCP? Ao CPTA? À LAV? Entendemos que a remissão não deve ser encarada como sendo feita para o próprio CCP, na medida em que, se assim fosse, o legislador teria referido expressamente “*nos termos da presente lei*”. Por isso, restam-nos as opções do CPTA e da LAV. Ora, tendo em conta a relação que se estabelece entre o CCP e o CPTA, do nosso ponto de vista, a remissão a que nos referimos deve ser interpretada como sendo para o CPTA.

Ultrapassada que está essa questão, debruçemos agora a nossa atenção sobre a principal celeuma que envolve o artigo 476.º do CCP: o tipo de arbitragem que se encontra prevista neste preceito.

5.3.2. Uma arbitragem necessária (disfarçada) ou uma arbitragem voluntária? – a questão subjacente ao artigo 476.º, n.º 2, do CCP

O artigo 476.º do CCP, introduzido pela revisão de 2017 ao referido código, trouxe consigo um aparente poder das entidades adjudicantes no que respeita ao recurso à arbitragem em matéria de litígios contratuais e pré-contratuais²²⁸. Diz-nos n.º 2 do preceito que “[q]uando opte pela sujeição dos litígios a arbitragem, a entidade adjudicante prevê obrigatoriamente a) A aceitação, por parte de todos os interessados, candidatos e concorrentes, da jurisdição de um centro de arbitragem institucionalizado competente para o julgamento de questões relativas ao procedimento de formação de contrato, de acordo com o modelo previsto no anexo xii ao presente Código, do qual faz parte integrante, a incluir no programa do procedimento; b) A necessidade de aceitação, por parte do cocontratante, da jurisdição do centro de arbitragem institucionalizado para a resolução de quaisquer conflitos relativos ao contrato de acordo com o modelo previsto no anexo xii, a incluir no caderno de encargos e no contrato; c) O modo de

²²⁸ Entre nós, autores como RUI MEDEIROS classificam este preceito como um “cheque em branco” conferido às entidades adjudicantes. Cfr. RUI MEDEIROS, “Regime de recurso das decisões arbitrais no CCP revisto – uma reflexão constitucional”, in Pedro Fernández Sánchez, Luís Alves (coord.), *A Constituição e a Administração Pública: Problemas de Constitucionalidade das Leis Fundamentais do Direito Administrativo Português*, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, p. 125.

constituição do tribunal e o regime processual a aplicar, por remissão para as normas do regulamento do centro de arbitragem institucionalizado competente, de acordo com o modelo previsto no anexo xii., por outras palavras, é a entidade adjudicante”. Por outras palavras, e fazendo uma leitura literal do preceito, decidindo a entidade adjudicante recorrer a este mecanismo de resolução alternativa de litígios, nada mais restaria aos interessados que pretendessem participar no procedimento que não aceitar expressa e incondicionalmente o mecanismo de resolução de litígios escolhido pela entidade adjudicante, mas também todas as regras por esta determinadas²²⁹.

O que se acaba de expor levou alguns autores a defender que o modelo de arbitragem que se encontra previsto no artigo 476.º do CCP é, por isso, de arbitragem necessária²³⁰. Atendendo ao conceito de arbitragem necessária que explorámos acima, não podemos concordar com esse setor da doutrina. Desde logo, não estamos perante uma arbitragem necessária, na medida em que o artigo 476.º do CCP não impõe o recurso à arbitragem como mecanismo regra para a resolução dos litígios, admitindo somente que a entidade adjudicante possa lançar mão de tal mecanismo – trata-se, pro isso, de um direito potestativo da entidade adjudicante. Depois porque, fazendo uma leitura e análise mais atentas do preceito, logo se percebe que o que o n.º 2, do artigo 476.º, do CCP impõe é a obrigação de a entidade adjudicante, querendo, incluir determinadas exigências relativas aos documentos nas peças do procedimento. Como bem defende MARCO CALDEIRA, não se identifica na norma “[q]ualquer obrigação dos participantes nesse procedimento de aceitarem a opção da entidade adjudicante – podendo mesmo entender-se que tais documentos só são “necessários” para que a entidade adjudicante logre o seu intento, já que, justamente, ela não pode prescindir da declaração de vontade dos interessados para que a arbitragem tenha lugar”²³¹.

Porém, e tendo presente também o conceito de arbitragem voluntária, numa primeira abordagem, não nos parece que estejamos perante uma arbitragem totalmente voluntária²³², uma vez que a mesma só aparenta ser verdadeiramente voluntária para a entidade adjudicante.

²²⁹ O que, na perspectiva de alguns autores levanta problemas ao nível do princípio da iniciativa económica privada. Cfr. JOÃO MIRANDA, “Novidades sobre arbitragem no anteprojecto de revisão *Op. Cit.*, p. 364.

²³⁰ Tese defendida por TIAGO SERRÃO. Cfr. TIAGO SERRÃO, “Considerações sumárias sobre a arbitragem no CCP revisto”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, janeiro-abril 2018, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 93-94.

²³¹ MARCO CALDEIRA, “A arbitragem no Código dos Contratos *Op. Cit.*, pp. 336-337.

²³² JOÃO TIAGO SILVEIRA é um dos defensores que a previsão do artigo 476.º do CCP é passível de ser classificado como arbitragem voluntária. Cfr. JOÃO TIAGO SILVEIRA, “A Arbitragem e o artigo 476.º na revisão do Código dos Contratos Públicos”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, janeiro-abril 2018, Lisboa, AAFDL Editora, p. 61.

Existem entre nós autores, como TIAGO SERRÃO, que entendem inclusive que a arbitragem que se encontra aqui prevista é uma “[a]rbitragem pré-contratual atipicamente necessária: uma necessidade que não resulta diretamente da lei, mas porque a entidade adjudicante pode impor esse modelo de resolução de litígios aos concorrentes e aos participantes”²³³.

Ora, atendendo à dificuldade em determinar qual o tipo de arbitragem que está em causa no artigo 476.º do CCP, parece-nos que a forma de o fazer é identificando qual a consequência associada. Vejamos.

Apesar de impor aos interessados a participar no procedimento que aceitem a escolha da entidade adjudicante, a verdade é que o artigo 476.º do CCP não diz, em nenhuma parte, quais as consequências de os potenciais interessados não apresentarem as declarações de aceitação a que se refere o seu n.º 2. E apesar de parte da doutrina²³⁴ equacionar a possibilidade de exclusão da proposta em caso de não aceitação da jurisdição dos tribunais arbitrais, entendemos que não pode ser essa a solução, por diversas ordens de razão. Desde logo, porque nem o artigo 70.º do CCP, nem o artigo 146.º do mesmo código consagram a ausência de aceitação da jurisdição arbitral como causas de exclusão da proposta²³⁵. Assim, e como (bem) refere ADOLFO MESQUITA NUNES, “[a]s declarações de aceitação da jurisdição arbitral: i) não constituem documentos que contenham atributos da proposta, muito menos relativos a aspetos submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, ii) não constituem documentos que contenham termos ou condições relativos à execução do contrato e iii) não têm um carácter que lhes permita violar parâmetros-base ou aspetos de execução do contrato”²³⁶. Mas também porque, ao contrário do que refere JOÃO TIAGO SILVEIRA, um potencial interessado no procedimento não ser levado a ponderar se vai ou não participar num procedimento contratual única e exclusivamente em virtude do facto de o meio para a resolução de potenciais litígios que possam vir a estar em causa ser a arbitragem²³⁷. Por mais relevante que seja essa previsão, é fundamental esclarecer que ela não deve influenciar a liberdade de escolha dos interessados. Assim, com o devido respeito, ao contrário do que refere o autor agora mencionado, não está em causa uma condição

²³³ TIAGO SERRÃO, “Arbitragem administrativa: direito constituído e *Op. Cit.*, p. 61.

²³⁴ Entre a qual se inclui JOÃO TIAGO SILVEIRA, “A Arbitragem e o artigo 476.º na revisão do Código *Op. Cit.*, p. 62 e TIAGO SERRÃO, “Considerações sumárias sobre a arbitragem *Op. Cit.*, p. 94.

²³⁵ Nesse sentido, cfr. SIMÃO MENDES DE SOUSA, “O Princípio da Igualdade de Partes e o Artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 18, 2022, p. 212.

²³⁶ ADOLFO MESQUITA NUNES, “A imperfeição da urgência *Op. Cit.*, p. 39.

²³⁷ No mesmo sentido, cfr. RICARDO GUIMARÃES, “A arbitragem e a revisão do *Op. Cit.*, p. 92.

como “[v]árias outras condições de diferentes naturezas e que frequentemente levam a que opte por não apresentar proposta”²³⁸. Ora, convenhamos, que não podemos equiparar duas realidades distintas como se fossem idênticas. Isto é, uma coisa é um potencial interessado decidir não apresentar proposta pelo facto de a sua potencial proposta ser de preço inferior ao preço daquele procedimento. Outra situação, totalmente distinta e sem comparação, seria a de um potencial interessado ter de ficar de fora de um procedimento por discordar, ainda numa fase preliminar do procedimento (recorde-se nessa fase o potencial interessado não conhece, sequer, o número de potenciais concorrentes que apresentarão proposta no âmbito do procedimento em causa) que o potencial litígio (que não sabe se existirá) seja submetido à jurisdição arbitral, aspeto que não tem qualquer impacto na prestação de facto a que o contrato diz respeito (ao contrário, do que acontecerá, por exemplo com o preço).

Acrescente-se também que impor aos potenciais interessados no procedimento a aparente obrigação de aceitar a jurisdição arbitral nos termos impostos pela entidade adjudicante e aceitar-se que a sua não aceitação implica a exclusão da proposta desses potenciais interessados, o que estaremos a admitir é uma limitação do direito de acesso ao Direito, através do direito de acesso à justiça, mas ainda uma limitação da esfera do princípio da concorrência, princípio visto como “[c]entro aglutinador do Direito da Contratação Pública”²³⁹, cujo impacto se manifestará na satisfação do interesse público, nos termos do artigo 266.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa²⁴⁰.

Aqui chegados, cumpre também esclarecer que não podemos acolher o argumento de acordo com o qual se defende que a arbitragem nos termos previstos no artigo 476.º do CCP apenas é obrigatória para aqueles que decidam participar no procedimento, podendo sempre os potenciais interessados decidir não participar. Tal construção representa algo que, com o devido respeito, carece de sentido, já que o mesmo é dizer que as normas só são obrigatórias para aqueles a quem se aplicam²⁴¹.

²³⁸ JOÃO TIAGO SILVEIRA, “A Arbitragem e o artigo 476.º na revisão do Código *Op. Cit.*, p. 62.

²³⁹ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública Op. Cit.*, p. 67.

²⁴⁰ É importante não perder de vista que a afetação da concorrência terá sempre impacto na satisfação do interesse público, já que é a concorrência entre os operadores económicos que permite que sejam apresentadas as propostas com melhores condições e que conferem às entidades adjudicantes mais margem de escolha entre as mesmas.

²⁴¹ No mesmo sentido, Cfr. MARCO CALDEIRA, “A arbitragem no Código dos Contratos *Op. Cit.*, p. 337.

Assim, e não existindo consequência legalmente prevista para a falta de apresentação das declarações de aceitação (previstas no n.º 2, do artigo 476.º, do CCP) a sua exigência é meramente facultativa. Como tal, assiste sempre ao potencial interessado no procedimento margem de não aceitação da escolha da entidade adjudicante nesta matéria. O que se acaba de referir leva-nos a concluir que o que o legislador do CCP deixou entrar pela janela foi uma arbitragem voluntária, disfarçada de uma arbitragem aparentemente necessária que, como se viu anteriormente, se tem revelado pouco efetiva para a resolução de litígios no âmbito do contencioso pré-contratual.

Aos argumentos que se acabaram de referir cumpre ainda acrescentar um outro: a entidade adjudicante não pode prever, nas peças do procedimento, a jurisdição arbitral como necessária, sob pena de através de um regulamento (norma contida nas peças do procedimento) criar uma regra que está sujeita a reserva legal da Assembleia da República, tema este que foi bastante discutido no Tribunal Constitucional e que se encontra hoje sedimentado na ordem jurídica nacional.

Acrescente-se ainda que a opção plasmada no n.º 2, do artigo 476.º, do CCP abre a porta a que em relação a um mesmo litígio existam duas jurisdições competentes. Isto é, se o litígio for levado a cabo por um interessado, candidato ou concorrente, que tenha apresentado proposta e apresentado a declaração de aceitação (assumindo que teria de o fazer, o que como já discutimos não é líquido) então tal litígio seria julgado na jurisdição arbitral. Porém, se o litígio, por exemplo, a impugnação dos requisitos mínimos no concurso por prévia qualificação, tiver como parte ativa um terceiro que não tenha apresentado ainda proposta essa impugnação deverá ser levada a cabo junto dos tribunais estaduais. Ou seja, um litígio, duas jurisdições.

Por fim, e como teremos oportunidade de densificar adiante, uma leitura do artigo 476.º, n.º 2, do CCP compatível com os princípios constitucionais jamais admite fazer uma leitura deste preceito como sendo um “[p]oder irrestrito, nem tão-pouco libertador dos mais elementares princípios constitucionais e jurídico-administrativos que sempre vinculam e limitam a atividade da administração”²⁴².

²⁴² SIMÃO MENDES DE SOUSA, “O Princípio da Igualdade de Partes *Op. Cit.*, p. 210.

5.4. Tipos de arbitragem – institucionalizada vs. *ad hoc*

Como se deixou referido acima, além da arbitragem necessária e da arbitragem voluntária é possível ainda fazer uma outra distinção. De um lado, a arbitragem institucionalizada e, de outro lado, a arbitragem *ad hoc*, sendo que a primeira permite o recurso à arbitragem com o apoio dos centros de arbitragem institucionalizada e, na segunda, todos os aspetos são determinados pela autonomia das partes no litígio ou, na falta de definição por partes destas de regras aplicáveis, por aquelas que forem determinadas pelos árbitros encarregues pelo julgamento do litígio.

Ao passo que, em relação à arbitragem administrativa em geral, o artigo 187.º do CPTA prevê um elenco não taxativo dos litígios que devem ser submetidos a arbitragem institucionalizada, resulta hoje do artigo 476.º, n.ºs 3 e 4 do CCP uma preferência clara (definida pela negativa) pela arbitragem institucionalizada, através da imposição de requisitos adicionais para o recurso à arbitragem *ad hoc*²⁴³. A imposição destes requisitos demonstra, por um lado, que apesar da preferência a arbitragem institucional, não existe exclusividade no que respeita a estas matérias, contudo, e por outro lado, é sintomática da falta de confiança que ainda existe em relação à arbitragem *ad hoc*.

Na senda do que se acaba de referir é possível constatar que nos termos do n.º 2, do artigo 476.º, do CCP, se por um lado “[a] discricionariedade da entidade adjudicante é bastante ampla no momento da escolha da jurisdição (estadual ou arbitral) competente para a resolução dos litígios (...)”, por outro lado, [d]iminui drasticamente logo a partir desse primeiro momento, na medida em que escolhendo a jurisdição arbitral, está praticamente compelida a optar pelo modelo institucionalizado”²⁴⁴.

A segunda consideração a fazer sobre esta matéria e que resulta expressamente do artigo 476.º, n.º 3, do CCP é a de que em matéria de contratos públicos só é possível lançar mão da arbitragem *ad hoc* se não for possível fazê-lo em relação à arbitragem institucionalizada. Tal é evidenciado através da própria redação do n.º 3, do artigo 476.º: “A resolução de litígios por meio de arbitragem em tribunais não integrados em centros de arbitragem institucionalizados **só pode ser determinada numa das seguintes situações [...]**” (destaque aditado), mas

²⁴³ Esta foi, na opinião de autores como JOÃO MIRANDA, a grande novidade opção contida na revisão do CCP. Cfr. JOÃO MIRANDA, “Novidades sobre arbitragem no anteprojeto de revisão *Op. Cit.*, p. 365.

²⁴⁴ MARCO CALDEIRA, “A arbitragem no Código dos Contratos *Op. Cit.*, p. 333.

também pela verificação difícil (para não dizer impossível) das situações a que se refere o n.º 3, do artigo 476.º, do CCP (que teremos oportunidade de analisar mais adiante neste estudo) o que, como veremos, representa um entrave à eficácia da arbitragem no âmbito de litígios pré-contratuais.

A preferência pela arbitragem institucionalizada a que alude o artigo 476.º, n.º 3, do CCP encontra-se justificada no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que procedeu à revisão do CCP, e nos termos do qual: “(...) estabelece-se um regime que promove a resolução alternativa de litígios, com **preferência pelos centros de arbitragem institucionalizados, permitindo um julgamento mais rápido e menos oneroso de litígios** que oponham cidadãos e empresas às entidades públicas em matéria de contratação pública” (destaque aditado), sendo essa a origem da imposição de um dever de fundamentação acrescido sempre que a Administração Pública – personificada na figura da entidade adjudicante – pretenda recorrer à arbitragem *ad hoc*.

O n.º 4, do artigo 476.º, do CCP surge em complemento ao n.º 3, do mesmo preceito, com uma particularidade: este número aplica-se quer às hipóteses previstas no n.º 2, isto é, aos casos em que a entidade adjudicante determine o recurso à arbitragem institucionalizada, quer às hipóteses previstas no n.º 3, isto é, nas hipóteses de recurso à arbitragem *ad hoc*.

Adiante, teremos oportunidade de explorar mais esta temática, mas por ora cumpre deixar a seguinte nota: apesar de o artigo 476.º do CCP ter sido introduzido numa lógica de flexibilização e desburocratização do acesso à justiça, veremos que a sua introdução não só não melhorou o recurso à arbitragem enquanto meio alternativo de litígios no que respeita aos litígios pré-contratuais, como complicou a sua compatibilização com o regime já previsto no artigo 180.º, n.º 3, do CPTA.

5.5. Recurso para os tribunais estaduais

Uma das questões mais debatidas no contexto da arbitragem no contencioso pré-contratual é a possibilidade de recurso para os tribunais estaduais, assim como as condições e os termos em que esse recurso pode ou deve ser feito.

Como tivemos oportunidade de analisar acima, o CPTA prevê hoje um conjunto de situações em que é possível recurso da decisão dos tribunais arbitrais, quer seja para o Tribunal Constitucional (nos termos do artigo 185.º-A, n.º 2, do CPTA, mas também em todos os casos

previstos no artigo 280.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa), quer seja para o STA, nos casos previstos nas alíneas a) e b), do n.º 3, do artigo 185.º-A do CPTA), quer ainda para o TCA quando as partes expressamente convencionem essa hipótese (artigo 39.º da LAV *ex vi* artigo 185.º-A, n.º 1, do CPTA).

Além das hipóteses de recurso expressamente previstas no CPTA, há ainda uma outra que cumpre referir e à qual dedicaremos agora a nossa atenção. Tal hipótese é a que se encontra hoje prevista no artigo 476.º, n.º 5, do CCP²⁴⁵. Apesar de o artigo 476.º do CCP ter surgido na ordem jurídica nacional como uma aposta na arbitragem administrativa e como meio para concretizar os objetivos do Programa de Governo, conforme tivemos oportunidade de referir acima, é nosso entender que o n.º 5 está positivado ao arrepio desses objetivos e materializa, pelo contrário, a desconfiança que ainda se sente em relação a este mecanismo de resolução alternativa de litígios²⁴⁶. Deste modo, não podíamos estar mais de acordo com PAULA COSTA E SILVA quando refere que “[o] sistema de vias de impugnação de decisões arbitrais concebido pelo legislador ordinário é o teste último a que o intérprete deve sujeitar o instituto da arbitragem voluntária, de modo a aperceber-se da autonomia efectivamente atribuída a esta forma de resolução alternativa de litígios”²⁴⁷.

O artigo 476.º, n.º 5, do CCP vem prever a possibilidade de recurso para o tribunal administrativo competente estabelecendo uma alçada de 500 mil euros. O preceito cria também uma rotura com o disposto no artigo 46.º, n.º 1, da LAV²⁴⁸, que apenas admite o recurso da decisão arbitral para os tribunais estaduais tendo em vista a anulação da decisão. Como se verá adiante, entendemos que a previsão da possibilidade de recurso de decisões arbitrais de litígios de valor elevado é sinónimo da desconfiança que o legislador ainda tem em relação à arbitragem nos litígios relativos procedimentos ou a contratos, isto é, admite que esta julgue os litígios em

²⁴⁵ De acordo com o qual: “Nos litígios de valor superior a (euro) 500 000, da decisão arbitral cabe recurso para o tribunal administrativo competente, nos termos da lei, com efeito meramente devolutivo”.

²⁴⁶ Não podíamos estar mais de acordo com RUI MEDEIROS quando este, a propósito deste n.º 5, do artigo 476.º, do CCP refere que “[p]aradoxalmente, sob a capa da aposta na arbitragem, o legislador revela afinal profunda desconfiança nos tribunais arbitrais”. Cfr. “Regime de recurso das decisões *Op. Cit.*, p. 123.

²⁴⁷ PAULA COSTA E SILVA, “Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 56, 1996, p. 180.

²⁴⁸ Nos termos do qual: “Salvo se as partes tiverem acordado em sentido diferente, ao abrigo do n.º 4 do artigo 39.º, a impugnação de uma sentença arbitral perante um tribunal estadual só pode revestir a forma de pedido de anulação, nos termos do disposto no presente artigo”.

primeira instância, mas garante que os tribunais estaduais podem sempre decidir em última instância sobre a questão.

O artigo 476.º, n.º 5, do CCP prevê a hipótese de recurso meramente devolutivo²⁴⁹ para os tribunais administrativos relativamente a decisões dos tribunais arbitrais em litígios contratuais e pré-contratuais, o que se revela sintomático da falta de confiança do legislador do CCP relativamente às decisões arbitrais nestas matérias²⁵⁰.

Não podemos deixar de tecer algumas críticas ao preceito.

Desde logo, o n.º 5, do artigo 476.º, do CCP não esclarece de que tipo de recurso se trata e qual a tramitação que o mesmo deve seguir. Como tal, e por forma a que consigamos perceber que tipo de recurso está em causa necessitamos de recorrer ao regime previsto no CPTA. Nos termos previstos nesse código, serão admitidos recursos de apelação, de revista *per saltum* para o STA e recurso de revisão.

Em segundo lugar, não se percebe (como não percebeu nenhuma da doutrina que sobre o tema escreveu antes de nós) qual o critério por detrás do montante de 500 mil euros. É importante notar que tal montante surge em rutura com o previsto no Anteprojeto do CCP²⁵¹, submetido a consulta pública, nos termos do qual havia direito ao recurso em litígios de valor superior a 10 milhões de euros. Também aquando da publicação da consulta pública ao Anteprojeto do CCP não se compreendiam quais as razões por detrás da fixação desse montante²⁵².

Em nossa opinião, o valor em causa é completamente irracional e desproporcionado. Se, por um lado, tivermos em mente que o objetivo do recurso nesta sede é também o de controlar a legalidade das decisões arbitrais e, em última instância, a legalidade das opções das entidades adjudicantes, facilmente se percebe que admitir que o controlo da despesa pública apenas seja passível de ser feito se o procedimento for de montante superior a 500 mil euros é, no mínimo, duvidoso. De outro lado, e apesar de fixar um valor de alçada tão elevado, o legislador nada

²⁴⁹ Afastando o regime regra do recurso suspensivo, que é a regra no contencioso administrativo (cfr. artigo 143.º, n.º 1, do CPTA).

²⁵⁰ PEDRO LEITE ALVES, “A Arbitragem de Direito Público”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, janeiro-abril 2018, Lisboa, AAFDL Editora, p. 84.

²⁵¹ Acessível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBAAAAB%2bLCAAAAAAABAAztDQxAgCwPJQxBAAAAA%3d%3d>, consultado a 12/02/2025.

²⁵² Cfr. JOÃO MIRANDA, “Novidades sobre arbitragem no anteprojeto de revisão *Op. Cit.*, p. 367.

disse sobre o valor da sucumbência. Isto é, a fixação deste montante é independente do decaimento da parte vencida na causa, ou seja, admite-se um recurso ainda que a vantagem económica do mesmo seja bastante inferior ao valor da alçada legalmente fixada²⁵³. Aqui, e mais uma vez, é latente a incoerência do legislador do CCP, designadamente se tivermos em conta os objetivos que precederam a consagração do artigo 476.º.

Em terceiro lugar, é importante também notar que o facto de o preceito não impor outro tipo de limite quanto às situações passíveis de recurso, leva-nos à conclusão de que são passíveis de recurso, *quaisquer decisões* cujo valor da causa seja superior a 500 mil euros. Tal abrangência²⁵⁴ é, em nosso entender, desincentivadora do recurso à arbitragem e prejudica a segurança e confiança necessárias para que este seja um meio verdadeiramente alternativo face ao recurso aos tribunais estaduais.

Em quarto lugar, importa não menosprezar o argumento de inconstitucionalidade que paira sobre este n.º 5, do artigo 476.º, do CCP. Tal como refere RUI MEDEIROS, este número não é isento de críticas do ponto de vista do Direito Constitucional. Dispondo o artigo 476.º, n.º 5, do CCP sobre a possibilidade de recurso das decisões dos tribunais arbitrais, é notório que está em causa uma matéria da competência exclusiva da Assembleia da República. Como tal, e por razões óbvias, é possível concluirmos que o disposto no n.º 5, do artigo 476.º, do CCP viola tal reserva de competência sendo, por isso, organicamente inconstitucional²⁵⁵.

Por fim, o n.º 5, do artigo 476.º, do CCP despoleta ainda interrogações quando confrontado com o disposto na alínea b), do n.º 3, do artigo 180.º, do CPTA, tema a que teremos oportunidade de voltar adiante.

5.6. Regulamentos de centros de arbitragem

O centro de arbitragem desempenha um papel central na arbitragem administrativa institucionalizada, tal como está atualmente configurada, conforme já tivemos oportunidade de analisar. Tal circunstância decorre do facto de o centro de arbitragem permitir assegurar maior qualidade da decisão arbitral, mas também maior segurança aquando da adoção da mesma, uma

²⁵³ MARCO CALDEIRA, “A arbitragem no Código dos Contratos *Op. Cit.*, p. 363, nota.

²⁵⁴ RUI MEDEIROS, “Regime de recurso das decisões arbitrais *Op. Cit.*, p. 121.

²⁵⁵ Cfr. RUI MEDEIROS, “*Stress tests* à revisão do CCP”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão, Marco Caldeira, (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, p. 60.

vez que os centros de arbitragem, como veremos, se encontram vinculados ao cumprimento dos princípios constitucionais.

Atualmente, existem diversos centros de arbitragem a funcionar junto do Ministério da Justiça²⁵⁶. No que aos litígios administrativos diz respeito, o artigo 187.º, n.º 1, do CPTA prevê a possibilidade de o Estado autorizar a instalação de centros de arbitragem institucionalizada destinados à composição de litígios passíveis de arbitragem nos termos do artigo 180.º do CPTA e entre os quais se encontram, como sabemos, os litígios emergentes na fase de formação dos contratos. O n.º 1, do artigo 187.º, do CPTA consubstancia assim uma “cláusula aberta”²⁵⁷, que muito tem contribuído para o desenvolvimento e recurso à arbitragem institucionalizada.

Tendo em conta os fatores que distinguem um centro de arbitragem institucionalizada de um tribunal arbitral *ad hoc*, é com facilidade que se compreende que existem dois documentos fundamentais e que importa fazer referência quando falamos em arbitragem institucionalizada e centro de arbitragem. De um lado, o estatuto do centro de arbitragem em causa, que inclui a referência à sua estrutura, órgãos, organização interna e, de outro lado, o regulamento, que alude às regras a seguir no desempenho das suas funções²⁵⁸.

Os regulamentos de arbitragem assumem grande relevância nesta matéria, uma vez que é a eles que os centros de arbitragem se encontram vinculados e é mediante as regras que dele constam que se organizará o processo de decisão dos litígios que forem submetidos à sua jurisdição. Tais regulamentos são considerados pela doutrina como regulamentos públicos equiparados a regulamentos administrativos já que estamos “[p]erante verdadeiras normas jurídicas emanadas por uma entidade privada com poderes públicos de autoridade, no exercício desses mesmos poderes, no âmbito da função jurisdicional do Estado (...)”²⁵⁹.

Tendo em conta o que se acaba se referir, compreende-se que a importância do artigo 187.º do CPTA é reforçada se lida em articulação com o artigo 476.º do CCP, nos termos do qual, como já vimos, a entidade adjudicante tem o poder de escolher o centro de arbitragem que julgará o

²⁵⁶ Na presente data encontram-se indicados no sítio da *internet* do Ministério da Justiça 40 centros de arbitragem devidamente autorizados, nas mais diversas áreas e criados ao abrigo do Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de dezembro. Cfr. <https://dgpj.justica.gov.pt/resolucao-de-litigios/arbitragem/centros-de-arbitragem-autorizados>, consultado a 12/02/2025.

²⁵⁷ RICARDO PEDRO, “Arbitragem institucional e centros de arbitragem *Op. Cit.*, p. 125.

²⁵⁸ RICARDO PEDRO, “Arbitragem institucional e centros de arbitragem *Op. Cit.*, p. 110.

²⁵⁹ JOÃO PACHECO DE AMORIM e BÁRBARA M. SOARES, “Algumas considerações em torno dos centros de arbitragem *Op. Cit.*, p. 105.

potencial litígio. A escolha do centro de arbitragem traz consigo uma consequência importante, isto é, a escolha do regulamento do centro de arbitragem, na medida em que o centro de arbitragem se encontra vinculado ao seu cumprimento.

5.7. Panorama – contencioso pré-contratual

Como tivemos oportunidade de mencionar no capítulo 4 do presente estudo, o contencioso pré-contratual tem vindo a ganhar relevância nas últimas décadas em Portugal, impulsionado pelo aumento da complexidade dos procedimentos administrativos e pela necessidade de assegurar a transparência e a equidade nos processos de contratação pública.

Conforme analisámos, este tipo de contencioso refere-se às disputas que surgem durante a fase de preparação e formação dos contratos administrativos, ou seja, antes da celebração do contrato em si, permitindo aos interessados questionem a legalidade dos atos praticados durante a fase pré-contratual, podendo, em certos casos, solicitar a suspensão dos efeitos do ato impugnado. Contudo, a eficácia deste mecanismo tem sido alvo de críticas, especialmente pela demora na resolução dos litígios, que pode comprometer a celeridade e a eficácia dos processos de contratação pública.

À semelhança do que acontece com a generalidade da justiça e do contencioso administrativo em particular, também o contencioso pré-contratual continua assolado pela ineficácia e lentidão da máquina dos tribunais administrativos e fiscal. Como referiu PEDRO CERQUEIRA GOMES, “[é] inegável que a justiça em Portugal atravessa uma crise de morosidade crónica e que estes atrasos na justiça têm afetado, em grande parte, o contencioso pré-contratual público. É absolutamente incompreensível que os tribunais nacionais demorem entre um a três anos para decidir, a título definitivo, questões do contencioso pré-contratual urgente, completamente ao arrepio das obrigações europeia”²⁶⁰.

Na União Europeia, o panorama do contencioso pré-contratual é igualmente relevante, dado que a harmonização das regras de contratação pública nos Estados membros é um dos pilares da legislação europeia. A Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho estabelece normas comuns sobre os procedimentos de adjudicação de contratos públicos, incluindo a possibilidade de recurso a mecanismos de resolução de litígios antes da assinatura

²⁶⁰ PEDRO CERQUEIRA GOMES, “O Contencioso Pré-Contratual Público Português – Proposta de revisão à luz do Direito da União Europeia”, *Revista da Orem dos Advogados*, Ano 74, Vol. I, janeiro-março 2014, p. 318.

dos contratos. A maioria dos países da União Europeia tem desenvolvido sistemas de contencioso administrativo que permitem que os concorrentes impugnem os atos administrativos relacionados com a formação dos contratos, assegurando, desse modo, a conformidade com as regras de contratação pública. Em alguns Estados-membros, a arbitragem tem sido adotada como um meio alternativo de resolução de litígios, proporcionando uma solução mais célere e especializada para as disputas pré-contratuais. No entanto, a implementação e a eficácia dessas normas variam de país para país e, em Portugal, apesar do esforço legiferante nestas matérias, a arbitragem no contencioso pré-contratual continua confrontada com obstáculos que impedem uma maior eficácia da arbitragem no contencioso pré-contratual. É sobre esta questão que debruçaremos agora a nossa atenção.

6. EFETIVIDADE DA ARBITRAGEM NO CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL: AS RAZÕES PARA A ESCASSA UTILIZAÇÃO

6.1. Enquadramento

Até aqui abordámos a arbitragem em geral, a arbitragem administrativa e os respetivos regimes, assim como sobre a arbitragem no contencioso pré-contratual, incluindo a sua previsão legal e condições para o recurso à mesma.

Como deixámos referido no capítulo anterior, as expectativas para a arbitragem institucionalizada para a resolução no contencioso pré-contratual foram auspiciosas, tendo feito inclusivamente parte do Programa do XXI Governo Constitucional. Contudo, e olhando para as estatísticas que nos foram disponibilizadas pelo CAAD²⁶¹ constatamos que, desde 2009 até 2024, apenas 2,1% (correspondentes a 112 processos, dos 5 349 entrados) dos processos entrados no CAAD são referentes a contratação pública, sendo que apenas 0,1% (o correspondente a 5 processos) dizem respeito a litígios de contencioso pré-contratual urgente.

Com estes enquadramentos em mente, sem os quais seria impossível chegarmos ao núcleo do nosso estudo e respondermos à questão que nos inquieta e que nos motivou a escolher este tema: *Quais as razões pelas quais a arbitragem pré-contratual não tem dado os resultados esperados, designadamente de funcionar como um verdadeiro mecanismo de resolução alternativa de litígios face ao recurso aos tribunais estaduais administrativos? É possível ultrapassar os entraves existentes atualmente? Se sim, quais os mecanismos para o fazer?*

Em nosso entender e como exploraremos no ponto seguinte, parte dessas razões prendem-se com a profunda incongruência e incompatibilização entre o regime previsto no artigo 476.º do CCP e o regime previsto no artigo 180.º do CPTA.

6.2. As razões

6.2.1. A incompatibilização entre diplomas – o caso específico do contencioso pré-contratual

Como temos vindo a deixar claro ao longo deste estudo, é evidente que, apesar do empenho do legislador em abrir cada vez mais as portas do Direito Administrativo à arbitragem, em função

²⁶¹ Juntas como Anexo I ao presente estudo.

do que vimos até aqui é possível constatar que esse empenho tem sido dificultado pelas incompatibilidades entre os regimes previstos no CCP e no CPTA. Atendendo à relação que se estabelece entre o artigo 476.º do CCP e o regime dos artigos 180.º a 187.º do CPTA, estas incompatibilidades afetam, sobretudo, os litígios emergentes na fase de formação do contrato.

É justamente em função da relação que se estabelece entre o artigo 476.º e o regime previsto nos artigos 180.º a 187.º do CPTA que surge a primeira interrogação. Vejamos.

Atualmente existem dois regimes jurídicos aplicáveis à resolução de litígios emergentes da contratação pública. Um, previsto no artigo 476.º do CCP, aplicável aos litígios aos quais se aplique esse código. O outro, previsto no artigo 180.º, n.º 3, do CPTA, aplicável aos litígios que estão excluídos do âmbito de aplicação do CCP. Surge, então, a questão de saber se o CCP é considerado especial em relação ao CPTA e, caso seja, por que razão o legislador continua a tratar a mesma matéria – o recurso à arbitragem para resolução de litígios emergentes na fase de formação do contrato público – em dois diplomas distintos. Mas, mais grave ainda, por que razão, face às sucessivas alterações a ambos os diplomas, ainda persistem as discrepâncias entre eles e não se inicia um esforço legislativo para acabar com as mesmas. A resposta que temos para oferecer não é a mais satisfatória, mas, confrontados com a dúvida, parece-nos a mais evidente: não se compreende por que razão, volvidos já mais de dez anos desde o início destas alterações, ainda não foi alcançada a harmonização do regime jurídico aplicável à arbitragem no contencioso pré-contratual.

A segunda dúvida que se ergue quando analisado o n.º 1, do artigo 476.º, do CCP é a de saber porque é que o preceito não contém, à semelhança do que acontece no artigo 180.º do CPTA, uma distinção para entre a arbitragem de litígios relativos a contratos e a arbitragem de litígios relativos a procedimentos de formação de contratos. Isto é, ao contrário do que sucede no CPTA (aplicável a litígios relativos a contratos não submetidos ao CCP), o CCP estabelece um regime único, aplicável tanto aos contratos como aos procedimentos de formação desses contratos. Desse regime unificado resultam diversas questões. Desde logo questões relacionadas com a tramitação processual (urgente) dos procedimentos emergentes na fase de formação dos contratos. Vejamos.

Como já tivemos oportunidade de referir, as Diretivas Recursos impunham aos legisladores nacionais a criação de um processo aplicável ao contencioso pré-contratual urgente. Sucede que, nem o legislador do CPTA, que se limitou a remeter para o processo das ações de

contencioso pré-contratual urgente, nem o legislador do CCP, que nada disse sobre o tema, tiveram o cuidado de criar um regime urgente e especial aplicável às arbitragens de contencioso pré-contratual. Contudo, o legislador do CCP conseguiu ainda ser menos cuidado do que o do CPTA, já que nem sequer adotou uma abordagem ao tema. A única referência ao tema que resulta do artigo 476.º do CCP consta da alínea b), do n.º 3, nos termos da qual: “Quando o processo arbitral previsto nos regulamentos do respetivo centro de arbitragem institucionalizado não se conforme com o **regime de urgência** previsto no Código do Processo nos Tribunais Administrativos para os contratos por ele abrangidos”²⁶² (destaque aditado). A norma surge a propósito dos critérios que podem levar a entidade adjudicante (com todas as questões que isso levanta e que já abordámos) a lançar mão da arbitragem *ad hoc*. Sucede que, como já se analisou, o recurso a arbitragem *ad hoc* é uma exceção e não a regra e nem sequer é uma imposição do legislador. Ou seja, parece resultar desta alínea b), do n.º 3, do artigo 476.º, do CCP que o cumprimento do regime de urgência nas arbitragens de litígios pré-contratuais (obrigação imposta pelas Diretivas Recursos) resulta da vontade da entidade adjudicante. Por não concordarmos com esta leitura, parece-nos que a forma mais correta de interpretar o preceito tal qual se encontra previsto é a de entender que “[a] entidade adjudicante está impedida de recorrer à arbitragem em centro de arbitragem cujo regulamento não se conforme com o regime de urgência; nesses casos, ou recorre a arbitragem *ad hoc* que com ele se conforme ou recorre a tribunais estaduais”²⁶³. Apesar de esta não ser a solução ótima, entendemos que é a leitura possível face ao regime atualmente previsto. Sem prejuízo, entendemos que o legislador, aquando de uma próxima alteração legislativa nesta matéria deveria equacionar rever o artigo 476.º do CCP no sentido de passar a prever uma tramitação específica e urgente para os casos de recurso à arbitragem em litígios pré-contratuais.

6.2.1.1. A (aparente) impossibilidade de recurso à arbitragem para impugnação de normas que surjam no âmbito do processo de formação de contratos

A fase de formação de um contrato é passível de dar origem ao surgimento de normas, designadamente as normas contidas nos documentos concursais, como o caderno de encargos

²⁶² ADOLFO MESQUITA NUNES, “A Arbitragem no Código dos Contratos Públicos: primeiras interrogações”, *Arbitragem Administrativa*, n.º 3, CAAD, 2017, p. 18.

²⁶³ ADOLFO MESQUITA NUNES, “A Arbitragem no Código *Op.Cit.*, p. 18.

e o programa de procedimento. Estas normas são regulamentos administrativos na aceção do artigo 135.º do CPA²⁶⁴.

A questão que se levanta é, pois, a de saber, se essas normas são passíveis de ser impugnadas em sede de arbitragem, designadamente, em sede de arbitragem de litígios pré-contratuais, ou se a sua impugnação terá de ser feita perante os tribunais estaduais.

Olhando para a letra do n.º 1, do artigo 476.º, do CCP parecia mais ou menos evidente que a resposta a esta questão seria afirmativa, uma vez que o preceito remete genericamente para “a resolução de litígios emergentes de procedimentos ou contratos aos quais se aplique o presente Código”. Assim, apesar de aparentemente resultar do CCP a possibilidade de impugnação de normas do procedimento, não resulta do artigo 180.º do CPTA a possibilidade de sujeição à arbitragem de litígios referentes à impugnação de normas que constem de documentos conformadores do procedimento. Ficando de fora dos litígios arbitráveis, terão de ser submetidos ao julgamento perante os tribunais estaduais.

Note-se, porém, que a solução referida acima pode não ser esta se se entender que o artigo 476.º do CCP é uma norma equivalente (e não especial) em relação ao artigo 180.º do CPTA. Se assim for, e considerando que a revisão de 2017 da qual resulta a redação que conhecemos hoje do artigo 476.º do CCP é posterior à revisão de 2015 da qual resulta a redação do artigo 180.º do CPTA, então poder-se-á afirmar que o n.º 1, do artigo 476.º do CCP funciona como “uma alteração, *in rectius*, uma ampliação dos litígios que (antes), à luz do artigo 180.º do CPTA, podiam ser submetidos à apreciação de um tribunal arbitral”²⁶⁵.

Há também quem entenda que os regulamentos administrativos “[c]onstituem um facto jurídico originário de criação de uma relação jurídica administrativa, então será admissível a arbitragem de Direito Administrativo sobre essas questões”^{266_267}.

²⁶⁴ Nos termos do qual: “Para efeitos do disposto no presente Código, consideram-se regulamentos administrativos as normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos”.

²⁶⁵ ANDRÉ GASPAS MARTINS, “A arbitragem na contratação pública *Op. Cit.*, p. 51.

²⁶⁶ JOSÉ MIGUEL VITORINO, “Contributo para a construção de um critério *Op. Cit.*, p. 147.

²⁶⁷ JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “O Estado e a Arbitragem nos Contratos Administrativos: o caso Português, 2011, p.31, acessível em https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/02_Guioes_de_Conferencias/Arbitragem_e_Interesse_Publico2011.pdf, consultado a 25/02/2025.

Apesar da boa vontade de quem entenda assim²⁶⁸, não nos parece que se possa afirmar que essa solução tenha qualquer respaldo na legislação atualmente em vigor, tendo designadamente em conta que o disposto no artigo 180.º do CPTA não se reveste de carácter exemplificativo, mas sim taxativo, o que nos leva a concluir que, perante a falta de lei habilitante, os interessados não podem lançar mão desta opção para a resolução desse tipo de litígios²⁶⁹.

Do que se acaba de referir não resulta que essa seja a solução mais correta e muito menos ideal, tal como demonstraremos no capítulo 7 adiante.

6.2.1.2. O regime dos contrainteressados

Atualmente, o artigo 180.º, n.º 2, do CPTA limita-se a prever a aceitação, por parte dos contrainteressados, do compromisso arbitral, deixando de fora um conjunto de questões que importa agora tratar.

Retomando o que se referiu acima a propósito do artigo 180.º, n.º 2, do CPTA, o recurso aos tribunais arbitrais só é válido se os contrainteressados (a existir) aceitem o compromisso arbitral (saliente-se que o preceito se refere ao compromisso arbitral e não à cláusula de arbitragem).

A questão que se levanta é a de saber como é que tal se compatibiliza com a (aparente) necessidade de aceitação da jurisdição dos tribunais arbitrais, caso seja imposta pela entidade adjudicante, conforme previsto no n.º 2, do artigo 476.º do CCP.

Como já foi anteriormente tratado, e sem prejuízo de entendermos que a previsão do n.º 2, do artigo 180.º, do CPTA cria uma certa entropia nas situações de recursos aos tribunais arbitrais e comprometa a possibilidade de sucesso de recurso à arbitragem administrativa, a verdade é que a mesma apenas impõe a aceitação dos contrainteressados face ao compromisso arbitral, referente, como sabemos, a um litígio já constituído (daí o preceito aludir somente ao compromisso arbitral e não à cláusula de arbitragem). Diferentemente, o que se exige no artigo 476.º, n.º 2, do CCP é que “todos os interessados, candidatos e concorrentes” apresentem a sua declaração de aceitação relativamente à jurisdição arbitral, aquando da apresentação da proposta. Existe entre nós quem entenda que o n.º 2, do artigo 476.º, do CCP concretiza o disposto no artigo 180.º, n.º 2, do CPTA²⁷⁰.

²⁶⁸ RAUL RELVAS MOREIRA, “O âmbito da arbitragem administrativa no domínio *Op. Cit.*, p. 302.

²⁶⁹ MARCO CALDEIRA, “A arbitragem no Código dos Contratos *Op. Cit.*, p. 329, nota.

²⁷⁰ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Nota sobre a arbitragem administrativa *Op. Cit.*, p. 4.

É precisamente quanto a este ponto que surge a incompatibilidade e que as dúvidas se suscitam: exigindo o artigo 476.º, n.º 2, do CCP que **todos** os interessados, candidatos e concorrentes apresentem a sua declaração de aceitação aquando da apresentação da proposta, pode considerar-se que o seu consentimento foi dado. Assim, para que serve a disposição do n.º 2, do artigo 180.º do CPTA? A nosso ver, a ser assim, essa disposição perderia a eficácia, já que a mesma se revelaria inócua. Por outro lado, na fase em que o artigo 476.º, n.º 2, do CCP exige que sejam apresentadas as declarações de aceitação – que assumimos ser a fase de apresentação de proposta – não é possível determinar quem são todos os interessados ou se existirão contrainteressados no futuro.

6.2.1.3. A possibilidade de recurso para os tribunais estaduais

A introdução, no n.º 5, do artigo 476.º do CCP, de uma alçada de 500 mil euros para recurso das decisões dos tribunais arbitrais representa, para muitos autores²⁷¹, um retrocesso na alcançada confiança da arbitragem administrativa, já que se permite que as decisões referentes a litígios de valor mais elevado sejam passíveis de decisão última instância pelos tribunais estaduais. Deste modo, a arbitragem de litígios pré-contratuais passou a consubstanciar uma forma de acelerar a decisão na primeira instância, mas que atrasará o processo de decisão nos casos em que exista recurso.

O conteúdo do artigo 476.º, n.º 5, do CCP, admite interpretações variadas e, a nosso ver, uma dessas interpretações revela-se incompatível com o disposto na alínea b), do n.º 3, do artigo 180.º do CPTA. Dispõe o n.º 5, do artigo 476.º, do CCP que “Nos litígios de valor superior a (euro) 500 000, da decisão arbitral cabe recurso para o tribunal administrativo competente, nos termos da lei, com efeito meramente devolutivo”. Se a expressão “nos termos da lei”, isolada entre vírgulas, for interpretada no sentido de se referir à possibilidade de recurso (e não ao tribunal administrativo competente), então a conclusão a retirar é a de que o recurso acima de 500 mil euros só existe nos casos previstos na lei, ou seja, se as partes previrem a possibilidade da sua ocorrência, nos termos do artigo 185.º-A, n.º 1, do CPTA e artigo 39.º, n.º 1, da LAV²⁷². A ser assim, gera-se uma incompatibilidade com o disposto no artigo 180.º, n.º 3, alínea b), do CPTA uma vez que o preceito admite a possibilidade de recurso em relação a litígios de valor

²⁷¹ PEDRO LEITE ALVES, “A Arbitragem de Direito Público”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, janeiro-abril 2018, Lisboa, AAFDL Editora, p. 84.

²⁷² É esta a posição de JOÃO TIAGO SILVEIRA. Cfr., “A Arbitragem e o artigo 476.º na revisão do Código *Op. Cit.*, p. 63.

igual ou inferior a 500 mil euros, se essa possibilidade tiver sido salvaguardada pela entidade adjudicante nas peças do procedimento.

As consequências desta incompatibilidade tornam-se ainda mais gravosas se tivermos em consideração o poder que já se encontra atribuído à entidade adjudicante em virtude do disposto no n.º 2, do artigo 476.º, do CCP. Tal decorre do facto de o disposto no n.º 2, do artigo 476.º, do CCP conferir à entidade adjudicante uma ampla discricionariedade na tomada de decisões, sendo que o n.º 5 do preceito apenas admite recurso da decisão adotada no âmbito de uma arbitragem levada a cabo nos termos definidos e no tribunal arbitral escolhido pela entidade adjudicante, em litígios de valor superior a 500 mil euros.

Outra questão que se ergue em torno do disposto no n.º 5, do artigo 476.º, do CCP prende-se com a possível incompatibilidade do regime aí previsto com o disposto nas Diretivas Recursos. O artigo 2.º, n.º 9, das Diretivas Recursos admite a possibilidade de recurso de *todas decisiones*. Ora, limitando o n.º 5, do artigo 476.º do CCP o recurso a decisões de valor superior a 500 mil euros, compreende-se a razão de ser da incompatibilidade. Assim, em nosso entender, uma pista que ajuda na solução desta questão prende-se com o facto de os tribunais arbitrais serem ou não considerados tribunais arbitrais. Já vimos acima, que a resposta, quer da doutrina, quer da jurisprudência nacional e internacional, é afirmativa. Porém, a dúvida que surge é a de saber se essa conclusão deve ser válida para todo o tipo de tribunais, designadamente para todos os tribunais arbitrais *ad hoc*, na medida em que é difícil aferir se todos esses tribunais cumprem os requisitos para serem considerados órgãos jurisdicionais.

Outra das problemáticas que emerge dos regimes constantes do CPTA e do CCP, especialmente em matéria de recurso das decisões arbitrais em matéria de contencioso pré-contratual, prende-se com o facto de quando comparados, os regimes do artigo 180.º, n.º 3, alínea b), do CPTA e do artigo 476.º, n.º 5 do, CCP deixarem de fora a possibilidade de recurso de algumas decisões. Como já tivemos oportunidade de referir em momento oportuno, é sabido que o artigo 180.º, n.º 3, do CPTA apenas se aplica a litígios relativos à impugnação de atos administrativos relativos à formação dos contratos previstos nos artigos 100.º e ss do CPTA, já o regime do artigo 476.º do CCP aplica-se a todos os litígios pré-contratuais e contratuais, aos quais se aplique o CCP (cfr. n.º 1, do artigo 476.º, do CCP). Ora, aqui chegados e se, de uma parte, o artigo 180.º, n.º 3, alínea b), do CPTA admite a possibilidade de recurso para os tribunais estaduais em litígios de impugnação de atos administrativos relativos à formação dos contratos previstos no artigo 100.º e ss do CPTA, de valor igual ou inferior a 500 mil euros e se, de outra

parte, o artigo 476.º, n.º 5, do CPTA admite a possibilidade de recurso para os tribunais estaduais de quaisquer litígios emergentes de procedimentos ou de contratos aos quais se aplique o CCP, desde que de valor superior a 500 mil euros, quer dizer que existem decisões que ficam de fora da alçada de qualquer um destes preceitos. É o caso das decisões relativas a contratos ou a atos pré-contratuais que não se encontrem previstos nos artigos 100.º e ss do CPTA (e, como tal, excluídas do âmbito de aplicação da alínea b), do n.º 3, do artigo 180.º do CPTA), proferidas em litígios de valor inferior a 500 mil euros (e, nessa medida, excluídas do âmbito de aplicação do n.º 5, do artigo 476.º, do CCP).

Aqui chegados, compreende-se que a redação introduzida pelo legislador do CPTA de 2019 tenha reduzido a sensibilidade constitucional do regime aplicável à possibilidade de recurso para os tribunais estaduais, mas a verdade é que existem ainda, como se acabou de expor, litígios em relação aos quais é admitida a possibilidade de resolução arbitral, mas em relação aos quais não se admite a possibilidade de recurso para os tribunais estaduais, emergindo aqui uma distinção injustificada quanto ao tratamento de uns e outros processos.

Concluindo, e apesar de entendermos que a previsão de recurso para os tribunais estaduais pode diminuir a celeridade do processo²⁷³, a verdade é que não podemos ignorar que a falta de clareza e de previsão quanto à constituição e funcionamento dos tribunais arbitrais *ad hoc* pode colocar em causa o respeito por direitos dos particulares. Como tal, e confrontados com tal cenário, entendemos que a possibilidade de recurso é ainda necessária, sob pena de violação das Diretivas Recursos, mas também dos direitos fundamentais dos particulares (aqui se incluindo as pessoas singulares e coletivas), designadamente em relação aos casos que não caem na previsão do artigo 180.º, n.º 3, alínea b), do CPTA, nem na previsão do n.º 5, do artigo 476.º, do CCP.

²⁷³ Cfr. TIAGO SERRÃO, “A arbitragem no CPTA”, in Carla Amado Gomes, Ana F. Neves, Tiago Serrão (coord.), *Comentários à legislação processual administrativa*, 4.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, p. 1278.

6.2.1.4. O recurso à arbitragem: uma faculdade da entidade adjudicante ou dos particulares?

Como se explicou acima, nos termos do artigo 476.º, n.º 2, do CCP, o recurso à arbitragem para resolução de litígios que surjam no âmbito de contratos públicos ou de procedimentos pré-contratuais consubstancia uma faculdade da entidade adjudicante que, nos termos do preceito, o pode fazer sem qualquer tipo de fundamentação²⁷⁴.

Contudo, tal dispositivo parece revelar-se incompatível com a circunstância de, nos termos do artigo 182.º do CPTA²⁷⁵, se conferir ao interessado o poder de exigir à Administração a celebração de compromisso arbitral no âmbito dos litígios previstos no artigo 180.º do CPTA, onde se incluem, naturalmente, os litígios emergentes dos procedimentos de formação de contratos. Existe entre nós quem entenda, inclusive, que “[p]or comparação com o CPTA, temos uma redução da liberdade do contraente privado no âmbito da arbitragem contratual, que se vê impedido de sugerir a arbitragem (já que é confrontado com uma decisão para a qual não concorre) e de negociar os termos em que esta pode ocorrer”²⁷⁶.

Assim, como se compatibilizam os regimes previstos nestes dois preceitos?

Existem autores que defendem que o artigo 182.º do CPTA não passa de uma “norma decorativa” e inconsequente, que carece de concretização prática²⁷⁷.

Em nosso entender, existem duas soluções possíveis e alternativas entre si: ou bem que se entende que o artigo 182.º do CPTA é uma norma inconsequente e que, por isso, prevalece o regime previsto no artigo 476.º, n.º 2, do CCP ou, por outra parte, se entende que as normas são conciliáveis entre si e que, por isso, quer a entidade adjudicante (ao abrigo do n.º 2, do artigo 476.º, do CCP), quer os particulares (aqui se compreendendo quer as pessoas singulares como as pessoas coletivas) (ao abrigo do artigo 182.º do CPTA) têm a faculdade de exigir da sua

²⁷⁴ Preceito que é classificado pela doutrina como “flagrantemente inconstitucional, por violação do disposto no artigo 13.º da CRP (...)”. Cfr. SIMÃO MENDES DE SOUSA, “O Princípio da Igualdade de Partes *Op. Cit.*, p. 221.

²⁷⁵ Nos termos do qual: “O interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no artigo 180.º pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos casos e termos previstos na lei”.

²⁷⁶ ADOLFO MESQUITA NUNES, “A Arbitragem no Código dos Contratos *Op. Cit.*, pp. 16-17.

²⁷⁷ JOANA DURO, “Direito à outorga do compromisso arbitral nos domínios da Arbitragem ad hoc. As velhas questões na esteira de um novo CPTA”, *Newsletter do CAAD*, n.º 1, 2015, p. 22.

contraparte o recurso à arbitragem para a resolução dos litígios emergentes da fase de formação do contrato.

Tendo em conta que, nem o CPTA, nem o CCP esclarecerem sobre esta questão e tendo presente a posição defendida acima sobre o disposto no artigo 476.º, n.º 2, do CCP, designadamente o facto de entendermos que tal preceito não pode ser encarado como impondo uma arbitragem necessária por vontade da Administração Pública (remetemos para as razões já apontadas acima), parece-nos que a única solução coerente a defender é a de que os particulares também possam exigir da entidade adjudicante o recurso à arbitragem, desde que a hipótese de recurso à arbitragem tenha sido previamente acautelada nas peças do procedimento (em respeito do disposto no artigo 180.º, n.º 3, do CPTA).

A solução que defendemos é a única que, em nosso entender, permite uma defesa dos interesses dos particulares e a garantia do respeito do princípio da igualdade²⁷⁸ em relação à Administração Pública, princípio que assume grande relevância na arbitragem²⁷⁹ e no Direito Administrativo em geral. Mantendo-se a redação do n.º 2, do artigo 476.º, do CCP esta é a única via para assegurar que os particulares se encontram em igualdade de armas com a Administração, por forma a evitarmos um retrocesso nos sucessos alcançados pelo Direito Administrativo nas últimas décadas. Desde que podemos falar em Direito Administrativo que a relação entre particulares e a Administração Pública, nomeadamente no que toca aos interesses de ambas as partes, nunca foi uma verdadeira relação, isto porque sempre se assistiu a um domínio dos interesses da Administração sobre os interesses dos particulares. Nesse sentido, VASCO PEREIRA DA SILVA ensina que nem sempre a relação entre a Administração Pública e os privados foi igual. Isto porque os privados eram vistos como meros “administrados” sem verdadeiros interesses. A situação, acabaria, mais tarde, por mudar de figura passando os particulares a estar no processo como legítimos titulares de direitos e com a possibilidade de defender os direitos e interesses legalmente protegidos. Reflexo desta alteração de enquadramento e da forma de olhar a relação administrativa foi o CPTA ter passado a consagrar “[e]xpressamente tanto a regra de que os particulares e a Administração são parte(s)

²⁷⁸ Quando se fala em arbitragem o princípio da igualdade deriva do artigo 30.º, n.º 1, alínea b), da LAV, segundo o qual: “As partes são tratadas com igualdade e deve ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final”.

²⁷⁹ Há entre nós autores que entendem que o princípio da igualdade assume na arbitragem “[u]ma importância superior àquela que tem no Direito Processual Civil ou no Contencioso Administrativo”. Cfr. SIMÃO MENDES DE SOUSA, “O Princípio da Igualdade de Partes *Op. Cit.*, p. 207.

no(s) processo(s) administrativo(s), como também o princípio da igualdade efetiva da sua participação processual (artigo 6.º), (...)”²⁸⁰.

Assim, a interpretação de acordo com a qual o recurso à arbitragem deve consubstanciar uma faculdade quer da entidade adjudicante, quer dos particulares é a única que, em nosso entender, permite obviar às duras críticas de constitucional e garantir que o regime do artigo 476.º do CCP não se torna dissuasor do recurso à arbitragem no âmbito de litígios pré-contratuais.

6.2.1.5. Impossibilidade de avaliação e aplicação dos requisitos impostos pelos n.ºs 3 e 4, do artigo 476.º do CCP

Tendo em conta os requisitos estabelecidos nos n.ºs 3 e 4, do artigo 476.º, do CCP e colocando-nos na posição da entidade adjudicante, torna-se evidente que a verificação destes requisitos, no momento em que a cláusula arbitral deve ser inserida no programa de procedimento, é, em grande parte, impraticável.

Por outras palavras, nesse momento preliminar, a entidade adjudicante não tem como confirmar a verificação dos requisitos impostos. Deste logo, não tem como saber se as questões envolvidas no litígio serão complexas²⁸¹ ou de valor económico elevado (alínea a), do n.º 3, do artigo 476.º) justamente porque o litígio, nessa fase, é ainda meramente eventual. Ademais, o legislador lança mão de conceitos indeterminados, como “complexidade das questões jurídicas ou técnicas” ou “elevado valor económico”, sem nunca concretizar tais conceitos, ou seja, cabe à própria entidade adjudicante, mais uma vez, o poder de concretizar os mesmos. Por outro lado, e em função de não saber qual o objeto de um eventual litígio, a entidade adjudicante também não tem como saber se há ou se haverá ou não centro de arbitragem competente na matéria (alínea a), do n.º 3, do artigo 476.º). Sobre este último requisito, a doutrina tem entendido que este é um requisito que, na verdade, não tem aplicabilidade, uma vez que, quer à data que a alteração ao CCP em causa foi aprovada, quer atualmente, existem centros de arbitragem

²⁸⁰ VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 1.ª Edição, Almedina, 2005, p. 235.

²⁸¹ A introdução deste requisito é muito pouco coerente com a opção de clara preferência pela arbitragem institucionalizada. O que resulta do preceito é que quando as questões sejam demasiado complexas ou de valor muito elevado então há uma preferência pelo recurso aos tribunais *ad hoc*, o que é incoerente com a ideia de se atribuir preferência aos tribunais arbitrais institucionalizados (ideia inerente ao preceito, como já se viu) por estes serem mais capacitados e de assegurarem uma maior segurança na resolução de litígios.

institucionalizada com competência para resolver questões emergentes de relações jurídico administrativas²⁸².

Quando ao requisito imposto pela alínea b), do n.º 3, do artigo 476.º, do CCP, e com o devido respeito, não cremos que faça qualquer sentido que, num primeiro momento, a entidade adjudicante escolha um centro de arbitragem institucionalizado e só posteriormente é que vá analisar o regulamento aplicável por forma a averiguar se o mesmo é ou não compatível com o regime de urgência previsto nos artigos 100.º e ss do CPTA.

No que aos requisitos impostos pelas alíneas c) e d), do n.º 3 e também ao n.º 4, do artigo 476.º, do CPTA diz respeito, a entidade adjudicante não tem como saber se o centro de arbitragem terá ou não, no momento em que se suscitar o litígio, muitos casos pendentes, o que causará morosidade no processo ou se o recurso a tal centro de arbitragem causará mais custos. Como se compreende, é impossível antecipar que litígios é que estarão pendentes no futuro, quais as regras aplicáveis quanto a custas e prazos quanto a um tribunal *ad hoc* que ainda não existe. E mais uma vez, o legislador socorre-se de conceitos indeterminados que não concretiza em momento algum. Assim, as perguntas que ficam (e às quais sugerimos que se responda no futuro, se se pretender manter o artigo 476.º do CCP e a sua redação) são as seguintes: o que é que se deve entender por “resolução mais morosa do litígio” ou por “custo mais elevado”? A partir de que limiares é que já não dever admitido o recurso à arbitragem *ad hoc*? Tendo em conta a alternatividade dos critérios, *quid juris* se o recurso à arbitragem *ad hoc* se revelar bastante rápido, mas bastante dispendioso ou vice-versa?

Aqui chegados e confrontados com as dificuldades a que acabámos de fazer referência, somos confrontados com mais uma. Que consequência se encontra associada à circunstância de a entidade adjudicante errar na avaliação (prévia) do preenchimento destes requisitos? Não nos parece que, por uma questão de segurança jurídica e de respeito pelo princípio da legalidade²⁸³ a entidade adjudicante possa, depois de assinado o contrato, alterar o conteúdo do mesmo, voltando atrás com a decisão escolhida aquando da adoção das peças do procedimento, justamente porque tal colocaria também em causa o princípio da concorrência e o princípio da segurança jurídica. Nesta senda, a conclusão a retirar do que acabámos de referir redundaria no facto de a imposição do cumprimento destes requisitos ser desnecessária, designadamente

²⁸² MARCO CALDEIRA, “A arbitragem no Código dos Contratos *Op. Cit.*, p. 348.

²⁸³ A que as peças do procedimento devem obedecer por força do disposto no artigo 51.º do CCP.

quando “[e]xistem bons argumentos de índole técnica para favorecer a arbitragem institucionalizada, designadamente nos litígios relativos a procedimentos pré-contratuais (...)”²⁸⁴.

Mas as dificuldades não ficam por aqui. No limite, nos termos do artigo 476.º do CCP, a entidade adjudicante pode optar pelo recurso à arbitragem *ad hoc*, sem qualquer tipo de fundamentação. E ainda que os particulares tentem impugnar essa decisão pela via judicial, atendendo à dificuldade de concretização dos critérios constantes no n.º 3 e do n.º 4, do artigo 476.º, como poderá o juiz declarar a ilegalidade de tal decisão? Não encontramos resposta a esta questão. Pelo que, parece-nos que o preceito deixa a porta aberta a uma decisão livre e inconsequente da entidade adjudicante.

Às dificuldades avançadas acima, soma-se mais uma: deve ser a entidade adjudicante a fazer a avaliação que está subjacente à decisão pela arbitragem institucionalizada ou pela arbitragem *ad hoc*? Numa leitura integrada do artigo 476.º, e em função do disposto no n.º 2, diríamos que sim. Todavia, os n.ºs 2 e 3, do artigo 476.º, do CCP nada dizem sobre o assunto. Assim, das duas uma, ou se considera que a decisão cabe também à entidade adjudicante ou se entende que tal escolha é feita através de um consenso entre a entidade adjudicante e os interessados. Relativamente à primeira opção há a dizer que, ao contrário do que acontece no n.º 2, no n.º 3 o legislador não indicou que a escolha cabia à entidade adjudicante e o n.º 2 aplica-se expressamente à escolha pela arbitragem institucionalizada. Assim, sempre que pretenda recorrer à arbitragem *ad hoc* a entidade adjudicante terá de chegar a consenso com os interessados ou, alternativamente, recorrer à jurisdição estadual, uma vez que a declaração assinada pelos interessados ao abrigo do n.º 2, do artigo 476.º, do CCP apenas vale para os casos de recurso aos tribunais arbitrais.

Como antecipámos acima, o n.º 4, do artigo 476.º, do CCP visto de forma isolada é também passível de levantar algumas questões que podem obstar à sua aplicação prática e que, em certa medida, se aproximam das dificuldades que referimos a propósito da alínea d), do n.º 3, do artigo 476.º, do CCP. Desde logo, e à semelhança do que referimos a propósito da alínea d), do n.º 3, da leitura deste número parece resultar que primeiro a entidade adjudicante decide recorrer à arbitragem *ad hoc* e, posteriormente, é que vai calcular os custos associados a esse mecanismo de resolução alternativa de litígios, o que, como se viu, carece de qualquer lógica. Depois, e

²⁸⁴ PEDRO LEITE ALVES, “A Arbitragem de *Op. Cit.*, p. 84.

como também já se antecipou, num momento preliminar é difícil (ou mesmo impossível) determinar quais os montantes subjacentes aos “honorários de árbitros e advogados, taxas, custas e outras despesas”, em função da variabilidade destes custos que se encontra naturalmente associada à sua natureza. Adicionalmente, cumpre ainda referir que a solução preconizada neste preceito não se coaduna com a urgência deste tipo de procedimentos. Mesmo que avaliação de impacto dos custos que a opção comporta fosse feita quando a entidade adjudicante já conhece o processo em causa, a realização de tal avaliação atrasaria ainda mais o processo de decisão que, conforme se antecipou acima, não é propriamente expedito.

Por fim, deste elenco de questões que se coloca à aplicabilidade do disposto nos n.ºs 3 e 4, do artigo 476.º, do CCP, não pode ainda escapar a falta de consequência associada à inexistência desta avaliação.

Aqui chegados, cumpre concluir que os n.ºs 3 e 4 são *a final* preceitos desprovidos de sentido e de aplicabilidade.

6.2.2. A insuficiência do regime atualmente previsto

Do que até aqui se expôs resulta que o regime da arbitragem aplicável ao contencioso pré-contratual atualmente previsto está ainda ferido de diversas deficiências e, bem assim, de algumas lacunas.

No que às lacunas diz respeito, não podíamos deixar de referir que não se pode compreender como é que em sede de Direito Administrativo – porque a arbitragem no contencioso pré-contratual não pode deixar de estar compreendida nesse grande “universo” – se admite, nos termos do artigo 476.º do CCP, que a entidade adjudicante possa recorrer à arbitragem sem necessidade de apresentar qualquer fundamento para o efeito²⁸⁵. Apesar de a nossa posição ser marcadamente favorável ao recurso à arbitragem, tal não significa que possamos dispensar que o recurso à arbitragem deva ser fundamentado. Tal deriva do facto de o recurso à arbitragem só deve ser possível quando se releve, de facto, mais vantajoso, do ponto de vista da satisfação dos interesses em questão, por comparação ao recurso aos tribunais estaduais.

²⁸⁵ Veja-se que o dever de fundamentação é um dos deveres basilares pelos quais se deve pautar a atuação administrativa, seja ela unilateral ou bilateral, normativa ou não normativa. Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, 1.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 577.

Porém, nem só da falta de fundamentação vivem as lacunas de que se encontra ferido o regime da arbitragem no contencioso pré-contratual. Vejamos.

6.2.2.1. A onerosidade dos tribunais arbitrais e a falta de previsão de apoio judiciário

Outro dos obstáculos à maior utilização e efetividade da via arbitral quando estão em causa litígios emergentes na fase pré-contratual está relacionado, como já vimos, com a onerosidade desta via de resolução alternativa de litígios. Como se compreende, a dimensão económica é um dos principais fatores que está na base da escolha pelos particulares (aqui se incluindo pessoas singulares e pessoas coletivas) pela via judicial ou, alternativamente, pela via arbitral.

A vertente económica do direito de acesso à justiça encontra-se atualmente consagrada no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, nos termos do qual: “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” e é uma consagração do direito a um processo equitativo, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante, “CEDH”).

Importa, contudo, destacar que tal previsão está obviamente pensada para o recurso aos tribunais estaduais. Em relação a esses não subsistem dúvidas relativamente à circunstância de ninguém poder ser privado do acesso aos tribunais, mesmo quando não disponha de meios para o fazer. A veracidade do que acabámos de referir reflete-se na possibilidade de recorrer aos apoios judiciários legalmente previstos (na Lei n.º 34/2004, de 29 de julho (doravante, “**Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais**” ou “**LADT**”)), que permite assegurar o acesso de todos à justiça. Assim, e nas palavras de VITAL MOREIRA «[o] direito ao apoio judiciário é tecnicamente uma garantia instrumental do direito de acesso à justiça, mas goza do mesmo regime dos direitos fundamentais propriamente ditos. Tal como o direito de acesso à justiça, também o direito ao apoio judiciário é um “direito positivo”, ou seja, um direito a uma prestação do Estado, o que compreende uma obrigação de legislação e uma obrigação administrativa do Estado»²⁸⁶.

A dúvida que se levanta é então a de saber se o direito ao apoio judiciário é também extensível aos tribunais arbitrais, designadamente no que respeita ao julgamento de matérias administrativas. A dúvida surge porque, apesar de, nem CPTA, nem o CCP se pronunciarem sobre a possibilidade de recurso a apoio judiciário quando estejam em causa arbitragens

²⁸⁶ VITAL MOREIRA, “Tribunais arbitrais e direito de acesso *Op. Cit.* p. 127.

administrativas, a verdade é que o artigo 17.º, n.º 1, da LADT prevê expressamente que “[o] regime de apoio judiciário aplica-se em **todos os tribunais**, qualquer que seja a forma do processo, nos julgados de paz e **noutras estruturas de resolução alternativa de litígios** a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça”.

E apesar de até ao momento não existir portaria de qualquer do membro do Governo responsável pela área da justiça a definir a que outras “estruturas de resolução alternativas de litígios” se poderia estender o apoio judiciário, entendemos que os tribunais arbitrais poderão ser um deles.

Importa também aludir a um outro fator relevante para a discussão desta questão no âmbito da arbitragem no contencioso pré-contratual. Se a arbitragem a que se refere o artigo 476.º do CCP for uma arbitragem necessária, tal como defende parte da doutrina, o que deve suceder nos casos em que o interessado que não tenha meios para suportar os custos do recurso à arbitragem? Destaque-se que não está em causa o conceito de “insuficiência económica”, mas simplesmente o caso de os custos com a arbitragem tornarem inviáveis o exercício da atividade pelo interessado naquele procedimento. Mais uma vez, a legislação atualmente em vigor não dá resposta.

A doutrina tem vindo a debater sobre este tema e a conclusão a que se tem chegado é a de que o Estado não tem obrigação de financiar o acesso aos tribunais arbitrais voluntários, sobretudo porque já financia o acesso aos tribunais estaduais²⁸⁷. Apesar de compreendermos, em parte, a argumentação avançada por este setor da doutrina, entendemos que pode não ser assim. Vejamos.

É certo que o Estado já suporta um encargo aquando do financiamento do acesso aos tribunais estaduais e que o recurso aos tribunais arbitrais, pelo menos em matéria administrativa, designadamente no que a litígios de contencioso pré-contratual é voluntária, contudo, é nosso entender que se o Estado alocasse parte do seu orçamento ao financiamento do recurso a meios alternativos de resolução de litígios, tal poderia incentivar o recurso a estes meios, aliviando as pressões exercidas sobre os tribunais estaduais e resolver, pelo menos em parte, os problemas ao nível da justiça administrativa com que os sucessivos Governos se têm visto confrontados.

²⁸⁷ VITAL MOREIRA, “Tribunais arbitrais e direito de acesso *Op. Cit.* p. 136.

Bem compreendemos que a solução não é simples e que, mais do que problemas jurídicos e legislativos, convoca problemas de finanças públicas. No entanto, não podíamos deixar de referir esta hipótese como sendo uma hipótese a testar no futuro.

6.2.2.2. A falta de previsão quanto à fundamentação das decisões

A fundamentação das decisões judiciais é um dever que impende sobre os tribunais ao abrigo do artigo 205.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa²⁸⁸ e “[e]xplica-se contemporaneamente sobretudo à luz de uma função – «publicista» - de controlo difuso sobre a administração da justiça, na medida em que a exteriorização das decisões de facto e de Direito que sustentam a obtenção de cada decisão potencia por si só o afastamento do carácter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade judicial e a abertura à comunidade democrática do conhecimento da racionalidade e da coerência argumentativa dos juízes”²⁸⁹. Sucede que, quanto aos tribunais arbitrais, a realidade é distinta. Não se encontra, nas disposições do CPTA ou do CCP aplicáveis à arbitragem, em especial à arbitragem no contencioso pré-contratual, qualquer referência a esta questão. Resta-nos, por isso, lançar mão da LAV, aplicável subsidiariamente por força do disposto no artigo 180.º, n.º 1, do CPTA.

Nos termos do artigo 42.º, n.º 3, da LAV refere-se que “[a] sentença deve ser fundamentada, salvo se as partes tiverem dispensado tal exigência ou se trate de sentença proferida com base em acordo das partes, nos termos do artigo 41.º”. Como resulta da sua leitura, esta disposição funciona como uma derrogação do dever de fundamentação das decisões constitucionalmente previsto. Sobre grau de fundamentação das sentenças, acrescenta a doutrina que “[o] processo arbitral é compatível com uma fundamentação ainda menos exigente do que aquela já pequena, e tantas vezes constitucionalmente chocante, com que os tribunais entendem dever dotar as sentenças por si proferidas”²⁹⁰.

Sucede, contudo, que ainda que possa ser assim para os casos submetidos a arbitragem ao abrigo da LAV, em nosso entender o mesmo não pode dizer-se a propósito das arbitragens de litígios administrativos. O dever de fundamentação das decisões é um dos deveres orientadores do agir administrativo, um dos limites à discricionariedade da Administração Pública na adoção das

²⁸⁸ Que prevê que “As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei”.

²⁸⁹ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA e JOSÉ DUARTE COIMBRA, “O dever de fundamentar e a anulação de decisões arbitrais”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 13, 2020, p. 179.

²⁹⁰ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 502.

suas decisões²⁹¹ e uma forma de “controlabilidade pública” das decisões de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas²⁹². Sendo o dever de fundamentação um dever que, no geral, impende sobre as entidades administrativas na adoção das suas decisões, é nosso entender que também as decisões arbitrais em matérias administrativas deviam ser igualmente fundamentadas. Como tal, entendemos que o CPTA deveria ser revisto no sentido de passar a impor esse dever aos tribunais arbitrais. A norma em que tal consagração venha a ocorrer revestirá o carácter de norma imperativa, não podendo ser afastada pelas partes. Do nosso ponto de vista, uma boa solução a adotar quanto a esta possível consagração seria a que ficou referida na proposta de Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária (doravante, “LAAV”) do Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, nos termos da qual: “As decisões arbitrais devem ser fundamentadas nos termos e com respeito pelas exigências legalmente estabelecidas para as decisões proferidas pelos tribunais administrativos estaduais”²⁹³.

Quanto à extensão do dever de fundamentação, existe na doutrina uma facção de autores que defende que o nível de fundamentação possa não ser tão exaustivo como o quanto é exigido para as decisões judiciais²⁹⁴⁻²⁹⁵. Quanto a nós, entendemos que o grau de fundamentação das decisões arbitrais em matéria administrativa deve ser o mesmo do exigido para as decisões dos tribunais estaduais, designadamente os constantes do artigo 94.º, n.ºs 3 e 4, do CPTA²⁹⁶. Não apenas porque a fundamentação das decisões visa garantir princípios constitucionais de segurança jurídica, mas também porque sendo a arbitragem um mecanismo de resolução alternativa de litígios, deve ser alternativa em todas as suas vertentes e não de menor qualidade em relação às dos tribunais arbitrais. Como tal, não poderíamos estar mais de acordo com o entendimento de SÉRVULO CORREIA e JOSÉ DUARTE COIMBRA quando afirmam que “Reconhecer a existência de um dever de fundamentar sentenças arbitrais, mas reconhecer,

²⁹¹ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2019, p. 250.

²⁹² JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA e JOSÉ DUARTE COIMBRA, “O dever de fundamentar e a *Op. Cit.* p. 195.

²⁹³ Cfr. *Arbitragem Administrativa: Uma Proposta Op. Cit.*, p. 18.

²⁹⁴ STEPHEN HUNTER, “A Duty to Give Reasons, But Only Just”, *Kluwer Arbitration Blog (November 2016)*, acessível em <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/11/01/a-duty-to-give-reasons-but-only-just/>, consultado a 25/02/2025.

²⁹⁵ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A Impugnação da Sentença Arbitral*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 78-79.

²⁹⁶ Nos termos dos quais: “3 – Na exposição dos fundamentos, a sentença deve discriminar os factos que julga provados e não provados, analisando criticamente as provas, e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes. 4 - O juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto, ressalvados os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial e aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes”.

simultaneamente, que esse dever se poderia cumprir de qualquer forma, com qualquer conteúdo e com qualquer grau de suficiência, significaria admitir fazer soçobrar o processo arbitral numa via institucionalista – e, portanto, hostil à objetividade e à racionalidade – pura e simplesmente desajustada ao que, em Estado de Direito democrático, vem implicando em qualquer manifestação de exercício da jurisdictio”²⁹⁷.

²⁹⁷ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA e JOSÉ DUARTE COIMBRA, “O dever de fundamentar e a *Op. Cit.* p. 204.

7. SOLUÇÕES

Não podíamos concluir o presente estudo sem antes enunciarmos algumas opções que, em nosso entender, podem funcionar como soluções viáveis para as questões enunciadas previamente, as quais têm obstado à plena eficácia da arbitragem como um verdadeiro mecanismo de resolução alternativa de litígios no âmbito do contencioso pré-contratual.

Conscientes de que as alterações legislativas são um processo moroso e complexo, as soluções que propomos de seguida variam desde as mais conservadoras até àquelas que consideramos mais ousadas, sendo passíveis de ser implementadas de forma faseada. Ou seja, podem começar pela adoção das soluções menos arrojadas (mas com menor impacto), avançando gradualmente até se alcançar a solução mais audaciosa, que, em nossa opinião, é a mais eficaz.

7.1.A revisão do modelo atualmente previsto no artigo 476.º do CCP

Como foi referido ao longo deste estudo, para que a arbitragem, no contexto da resolução de conflitos pré-contratuais, se constitua verdadeiramente como uma alternativa eficaz ao recurso aos tribunais estaduais, é imperativo que se muna de meios que assegurem a sua eficiência e qualidade²⁹⁸.

Como tivemos oportunidade de notar atrás, bastante é o mérito que reconhecemos à iniciativa legislativa de criação de um preceito que tivesse como objetivo consolidar a matéria da arbitragem no âmbito de contratos e de atos de formação de contratos (os atos pré-contratuais). Nesse sentido, foi de louvar o surgimento de um preceito como o artigo 476.º do CCP. Contudo, e como também antecipámos, o surgimento deste preceito trouxe consigo dificuldades de compatibilização com o regime previsto nos artigos 180.º a 187.º do CPTA, dificuldades de aplicação das regras que nele próprio se consagram e dificuldades associadas à falta de tratamento de algumas questões que, como antecipámos, se relevam importantes e cuja ausência de tratamento compromete a eficácia da arbitragem.

Como tal, a primeira opção a considerar, e que, do nosso ponto de vista, se revelaria menos disruptiva para o regime jurídico da arbitragem administrativa atualmente em vigor em matéria de contencioso contratual e pré-contratual, seria a de promover uma revisão do artigo 476.º do

²⁹⁸ MARC GALANTER, “Compared to what? Assessing the quality of dispute processing” in *Denver University Law Review*, vol. 66, 1989, pp. xi e ss, acessível em <https://digitalcommons.du.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2597&context=dlr>, consultado a 12/02/2025.

CCP, por forma a eliminar os aspetos que atualmente obstaculizam, quer a eficácia da arbitragem no âmbito do contencioso pré-contratual, quer a compatibilização entre o regime previsto nesse artigo e o regime previstos nos artigos 180.º a 187.º do CPTA.

A primeira alteração que propomos à redação do preceito, diz respeito à possibilidade de, no seu n.º 1, se passar a prever a impugnação das normas que surjam no âmbito do procedimento. Tal solução deriva do facto de não existirem razões que justifiquem que seja possível discutir, em sede arbitral, os litígios que surjam na fase de formação do contrato, mas não se permita impugnar as normas que, muitas vezes, dão aso a esses litígios²⁹⁹.

Em segundo lugar, e à semelhança do que defende a vasta maioria da doutrina³⁰⁰, entendemos que, para que o recurso à arbitragem no contencioso pré-contratual através da arbitragem possa ser uma verdadeira alternativa ao recurso aos tribunais estaduais nestas matérias, ela deve ocorrer exclusivamente através da arbitragem institucionalizada, em centros de arbitragem devidamente criados e em funcionamento para o efeito. Isto porque “[a] arbitragem institucionalizada pode funcionar como um instrumento de tutela urgente, já que os centros de arbitragem institucionalizada são frequentemente mais rápidos e baratos do que os tribunais administrativos”³⁰¹. Nesse sentido, somos da opinião de que deve ser mantida a preferência constante do n.º 2, do artigo 476.º, do CCP em relação à arbitragem institucionalizada.

Não obstante o agora exposto, e ainda no âmbito do n.º 2, do artigo 476.º, do CCP, em face das críticas que tecemos anteriormente, entendemos que a redação deste preceito deve ser alterada, de modo que o recurso à arbitragem e as condições em que esta se processa deixassem de ser uma imposição (ilimitada) da entidade adjudicante, passando antes a constituir uma solução de compromisso acordada entre as partes do procedimento. Do nosso ponto de vista, a possibilidade de recurso à arbitragem deve ser prevista pela entidade adjudicante nas peças do procedimento, incluindo algumas referências mínimas, como, por exemplo, a indicação expressa de que a arbitragem será realizada num centro de arbitragem institucionalizado. No entanto, essa previsão não deve conferir à entidade adjudicante o poder absoluto sobre todos os

²⁹⁹ Já existe na doutrina quem entenda que a impugnação das peças do procedimento em sede de arbitragem administrativa é possível atualmente. Cfr. RAUL RELVAS MOREIRA, “O âmbito da arbitragem administrativa no domínio *Op. Cit.*, pp. 302-303.

³⁰⁰ Não entendem assim, por exemplo, SUZANA TAVARES DA SILVA. Cfr., SUZANA TAVARES DA SILVA, “Notas breves sobre o presente e futuro da arbitragem administrativa em Portugal”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, janeiro-abril 2020, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 75-78.

³⁰¹ ADOLFO MESQUITA NUNES, “A imperfeição da urgência *Op. Cit.*, p. 38.

aspectos atualmente elencados no n.º 2, do artigo 476.º, do CCP. Assim, tanto a entidade adjudicante quanto os restantes participantes no procedimento poderiam recorrer à arbitragem, quando e se necessário.

Depois, e não menos importante, o artigo 476.º, do CCP devia conter uma previsão específica que acautele a tramitação urgente deste tipo de impugnações de atos pré-contratuais, uma vez que não basta confiar que os regulamentos dos centros de arbitragem institucionalizada contenham essa forma de tramitação, nem se deve assumir que tal escolha possa ou deva ficar nas mãos da entidade adjudicante aquando da previsão da arbitragem nas peças do procedimento. Tal previsão deve também incluir uma forma de garantir eficácia do efeito suspensivo automático nas arbitragens, uma vez que, conforme referimos acima, na arbitragem o pedido de constituição do tribunal arbitral não carece de ser acompanhado de petição inicial e, por isso, o efeito suspensivo automático não se dá com o pedido de constituição do tribunal arbitral.

Entendemos também o artigo 476.º do CCP deve incluir uma previsão nos termos da qual se diga, expressamente, que a não aceitação do recurso à arbitragem tal como previsto nas peças do procedimento não determinaria a exclusão da sua proposta ou candidatura. Por todas as razões enunciadas acima, essa é a solução que melhor se adequa à forma como a arbitragem se encontra atualmente estruturada e legalmente prevista.

Na nossa proposta de redação para o artigo 476.º, do CCP, faria também sentido eliminar o previsto nos n.ºs 3 e 4, uma vez que, como explicámos acima, tais requisitos são de difícil, se não mesmo impossível, aplicação prática.

Quanto à possibilidade de recurso das decisões arbitrais, prevista no n.º 5, do artigo 476.º do CCP, entendemos que, tendo em vista a garantia do direito a um duplo grau de jurisdição, deve ser garantida às partes do litígio a possibilidade de recorrer de uma decisão proferida pelos tribunais arbitrais em primeira instância. Quanto à questão de saber que tribunal deve assegurar o julgamento desta segunda instância, entendemos que a resposta varia em função do facto de estarmos perante a arbitragem voluntária ou em caso de arbitragem necessária. Tendo em conta que, conforme defendemos, a solução atualmente prevista no artigo 476.º é a de uma arbitragem voluntária, é nosso entender que a solução mais adequada seria a de o segundo grau de jurisdição deve ser assegurado por câmaras de recurso dos próprios tribunais arbitrais. Contudo, reconhecemos a limitação da nossa tese quando estejamos perante uma arbitragem voluntária

ad hoc. Sem prejuízo, entendemos que esta pode ser uma solução passível de equacionar para os recursos de decisões proferidas em primeira instância pelos tribunais arbitrais que funcionem junto de um centro de arbitragem, na medida em que nos centros de arbitragem encontra-se já implementado um modelo institucionalizado ao qual apenas seria necessário acrescentar mais uma segunda camada.

De notar que esta solução não é uma solução inovadora para o direito português. O artigo 8.º da Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, que criou o TAD, já prevê que “[a]s decisões dos colégios arbitrais são passíveis de recurso para o Tribunal Central Administrativo, **salvo se as partes acordarem recorrer para a câmara de recurso**, renunciando expressamente ao recurso da decisão que vier a ser proferida” (destaques aditados). De acordo com o preceito que se acaba de citar, a Lei do TAD já prevê que exista recurso das decisões dos colégios arbitrais para a câmara de recurso, sendo que permite a possibilidade de recurso para o Tribunal Central Administrativo competente. Esta solução “[n]ão veda em absoluto o direito de recurso para um tribunal estadual e apenas admite, tal como sucede na arbitragem voluntária, que as partes, no seu próprio interesse, possam prescindir do recurso”³⁰².

Por fim, a última nota de revisão quanto ao disposto no artigo 476.º do CCP é a de que, a manter-se a possibilidade de recurso para os tribunais estaduais que o preceito unificasse o regime dos recursos das decisões arbitrais, uma vez que, como já visto anteriormente, atualmente continuam a ficar de fora da possibilidade de recurso em relação a alguns litígios, designadamente os que não caem no âmbito de aplicação do artigo 476.º, n.º 5, do CCP ou do artigo 180.º, n.º 3, alínea b), do CPTA.

7.2. A revisão do regime jurídico da arbitragem administrativa constante nos artigos 180.º e ss do CPTA

Na nossa ótica, por forma a que o recurso à arbitragem institucionalizada funcione como uma verdadeira alternativa ao recurso aos tribunais estaduais tem de ser acompanhado de um trabalho legislativo nesta matéria. Saliente-se, no entanto, que não basta que esse trabalho se faça apenas relativamente à arbitragem administrativa contratual e pré-contratual, sendo também necessárias algumas alterações ao regime da arbitragem administrativa prevista no CPTA.

³⁰² CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Implementação de uma segunda instância *Op. Cit.*, p. 105.

Como referimos no decurso do nosso estudo, somos do entendimento que deve existir um regime jurídico unificado para a arbitragem administrativa e que a consagração desse regime deve acontecer no CPTA, por este ser o local indicado para tal acontecer, pelas razões que já adiantámos e para as quais, por uma questão de economicidade, remetemos.

Nos próximos parágrafos referir-nos-emos às disposições dos artigos 180.º e ss da versão atual do CPTA as quais, em nosso entender, carecem de revisão numa futura alteração ao regime da arbitragem administrativa.

Como procurámos demonstrar neste nosso estudo, um dos problemas que assola o regime da arbitragem administrativa e que, por isso, condiciona a sua efetividade, tem que ver com a remissão ampla para outros regimes jurídicos, sejam eles o constante da LAV ou mesmo o do RJAT. Por isso, a primeira questão que nos parece oportuna resolver prende-se com a remissão genérica para a LAV, constante do n.º 1, do artigo 180.º, do CPTA. Essa remissão não apenas causa entropia, gerando dúvidas sobre que regras aplicar em determinadas situações, como “[a] atual LAV não resolve os problemas da arbitragem administrativa”³⁰³.

Em seguida, e em virtude do que enunciámos acima, carece de revisão o artigo 180.º, n.º 2, do CPTA. Como se disse, a redação atualmente em vigor do artigo 180.º, n.º 2, do CPTA cria um entrave à efetividade do recurso à jurisdição arbitral, uma vez que condiciona a constituição e funcionamento do tribunal arbitral à aceitação pelos contrainteressados do compromisso arbitral. Não podíamos estar mais em desacordo com esta solução.

Na nossa ótica, o recurso a arbitragem deve ser uma possibilidade consagrada expressamente nas peças do procedimento, designadamente no programa do procedimento, mas a constituição ou o funcionamento do tribunal não pode estar condicionado à aceitação dos contrainteressados. Ora, a previsão de tal possibilidade nas peças do procedimento funciona como garante de que todos os interessados em participar no procedimento conhecem, de antemão, que o recurso à arbitragem consubstancia uma possibilidade no âmbito de eventuais litígios que possam surgir, não se podendo, por isso, alegar que o funcionamento da instância arbitral funcionaria à sua revelia. Ademais, defendemos que sempre que se recorra à arbitragem deve ser dado

³⁰³ ISABEL CELESTE M. FONSECA, “A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?”, in Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), *A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*, 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 63.

conhecimento aos contrainteresados para que, querendo, possam participar no processo, à semelhança do que acontece nos termos do artigo 57.º do CPTA.

Adicionalmente, importa não esquecer que os contrainteresados no procedimento administrativo são isso mesmo, contrainteresados, não devendo existir uma sobrevalorização do seu papel. Ademais, acrescente-se que os direitos dos contrainteresados em impugnam qualquer ato no âmbito do procedimento pré-contratual jamais ficaria vedado pela circunstância de algum dos interessados lançar mão da arbitragem, tendo sempre estes a possibilidade de também eles recorrerem à via arbitral ou, não sendo neste cenário uma arbitragem necessária, aos tribunais estaduais.

Como tal, a conclusão a que podemos chegar quanto a esta questão seria a eliminação do n.º 2, do artigo 180.º, do CPTA.

Quanto ao n.º 3, do artigo 180.º, do CPTA, que atualmente se refere à impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos, entendemos existirem duas opções possíveis. Ou bem que se cria um regime único para a arbitragem administrativa – que, como referimos atrás, deve acontecer no âmbito do CPTA – e as disposições deste preceito passam a estar integradas juntamente com as do artigo 476.º, do CCP, num único artigo. Ou, alternativamente, as disposições deste n.º 3, do artigo 180.º, do CPTA devem ser absorvidas pela nova versão do artigo 476.º, do CCP, por forma a evitar a duplicidade de disposições sobre a mesma matéria e a contradição entre as mesmas, o que como vimos, é um problema que tem assolado as previsões relativas à arbitragem administrativa no âmbito do contencioso pré-contratual.

Quanto ao artigo 181.º, n.º 1, do CPTA, que atualmente prevê que “[o] tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre arbitragem voluntária, com as devidas adaptações”, parece-nos que, numa revisão do CPTA, se devem consagrar as regras específicas para o funcionamento do tribunal arbitral em matéria administrativa e admitir que a remissão para a LAV opere apenas em matérias circunscritas.

Quando ao n.º 4, do artigo 181.º, do CPTA, relativo ao regime dos deveres e impedimentos dos árbitros, a versão atualmente em vigor remete para o regime previsto no RJAT. Como também já antecipámos a remissão para diversos e distintos regimes jurídicos causa confusão ao leitor e aplicador do regime da arbitragem administrativa. Por isso, advogamos uma previsão direta do regime dos deveres e impedimentos dos árbitros nesta matéria diretamente no CPTA.

Quanto ao tema do recurso das decisões arbitrais, abordado quer na alínea b), do n.º 3, do artigo 180.º, do CPTA, quer no artigo 185.º-A, também do CPTA, remetemos para o já referido a propósito da potencial revisão do artigo 476.º, do CCP. Reiteramos que, além de ser necessário assegurar o recurso das decisões, é igualmente necessário garantir que o regime aplicável a esse recurso se compagine, em matérias de contencioso pré-contratual, com o regime de urgência que o pauta. Além disso, é fundamental assegurar que não fiquem excluídos dessa possibilidade quaisquer tipos de litígios que, em função do regime aplicável ou do valor em causa, não encontrem proteção em um artigo que preveja a possibilidade de recurso

7.3. A possibilidade de consagração da arbitragem necessária para resolução de litígios emergentes na fase de formação do contrato

Quanto ao trabalho que ainda há por fazer relativamente à arbitragem administrativa, entendemos que é necessária uma imposição legal do recurso à arbitragem institucionalizada em matérias de contencioso pré-contratual, passando a mesma a funcionar como uma arbitragem necessária sem que, contudo, tal esteja na dependência da vontade da entidade adjudicante.

A arbitragem necessária não é uma novidade ou uma surpresa, sendo que já existem, na legislação nacional, nas mais diversas áreas do Direito, diversos exemplos da imposição, pelo legislador, do recurso à arbitragem. A título meramente exemplificativo, a arbitragem necessária encontra-se já prevista para os litígios desportivos³⁰⁴, alguns litígios relacionados com propriedade intelectual³⁰⁵ e propriedade industrial³⁰⁶, nos litígios emergentes de relações laborais³⁰⁷, nos procedimentos de expropriação³⁰⁸, entre outros.

Bem se compreende a discussão doutrinária e jurisprudencial que emerge a propósito da arbitragem necessária, designadamente pela (aparente) afronta a direitos constitucionalmente consagrados, como o direito de acesso à justiça, através do direito de acesso ao Direito (cfr.

³⁰⁴ Cfr. Lei do TAD, na sua versão atualmente em vigor.

³⁰⁵ Cfr. artigo 221.º da Lei n.º 63/85, de 14 de março, que aprova o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, na sua versão atualmente em vigor.

³⁰⁶ Cfr. artigo 58.º, n.º 6, da Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro, que aprova o novo Código da Propriedade Industrial, transpondo as Diretiva (UE) 2015/2436 e (UE) 2016/943, na sua versão atualmente em vigor

³⁰⁷ Cfr. artigo 510.º da Lei n.º 7/2019, de 12 de fevereiro, que aprova a revisão ao Código do Trabalho, na sua versão atualmente em vigor.

³⁰⁸ Cfr. Lei n.º 168/99, de 18 de setembro, que aprova o Código das Expropriações, na sua versão atualizada.

artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa), do direito a uma tutela jurisdicional efetiva³⁰⁹ (cfr. artigo 20.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa) e ainda, em matérias administrativas, da concretização do direito de acesso ao Direito no artigo 268.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa³¹⁰ Contudo, e como se verá, tal receio é meramente aparente e, avança-se desde já, infundado.

Desde logo, porque, como analisámos no início do nosso estudo, não existe na ordem jurídica nacional um monopólio dos tribunais estaduais da justiça em geral e da justiça administrativa em particular, em Portugal. Como tal, os tribunais arbitrais são tão capazes de fazer cumprir os princípios constitucionalmente consagrados quanto os tribunais estaduais.

Depois porque, estando em causa a imposição da arbitragem, na solução que agora se defende, sempre seria admitido o recurso das decisões arbitrais, quer para os tribunais estaduais, quer para o Tribunal Constitucional para efeitos de controlo de constitucionalidade. A necessidade de se prever a possibilidade de recurso prende-se com a circunstância de não ter cabido às partes a escolha da arbitragem enquanto mecanismo de resolução alternativas de litígios, razão pela qual devem as mesmas ter a possibilidade de recorrer à via dos tribunais estaduais para fazer um controlo de mérito de uma decisão emergente de uma jurisdição que lhe foi imposta. A necessidade de ser assim prende-se com a necessidade de assegurar às partes as garantias necessárias para que possam exercer os seus direitos e funciona como limite. Como já entendeu o Tribunal Constitucional, nos casos em que está em causa o julgamento do litígio por tribunais que não são os da jurisdição estadual “[p]oderá admitir-se que o direito de acesso aos tribunais seja assegurado apenas em via de recurso, permitindo-se que num momento inicial o litígio possa ser resolvido por intervenção de outros poderes, caso em que se poderá falar numa reserva relativa de jurisdição ou reserva de tribunal”³¹¹. No entender do Tribunal Constitucional, “[a]

³⁰⁹ A importância deste direito fundamental foi expressamente reconhecida pelo Tribunal Constitucional, no contexto da arbitragem, ao afirmar que: “Nesses termos, a suscitação da ofensa destes direitos fundamentais - e, bem assim, do regime que lhes está associado, por conjugação dos também invocados artigos 17.º e 18.º da Constituição – afigura-se relevante (mesmo que de forma indireta), na medida em que se reconhece derivar da Constituição a obrigação para o legislador de criação dos meios de tutela adequados e eficazes, desde logo jurisdicionais, para a respetiva defesa, (...)”. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 123/2015, de 12 de fevereiro de 2015, Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, processo n.º 763/13, acessível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>.

³¹⁰ Nos termos do qual: “É garantido aos administrados tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas”.

³¹¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/2013, de 24 de abril de 2013, Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, processo n.º 279/2013, acessível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>.

exigência de previsão de um meio de recurso para um tribunal estadual, no quadro da arbitragem necessária, torna-se mais evidente, no plano jurídico-constitucional, quando não estão em causa meras relações de direito privado, nem meras relações jurídicas administrativas em que as partes se encontrem em situação de paridade, mas antes relações jurídicas que decorrem do exercício de poderes de autoridade”³¹².

Em terceiro lugar, outra das formas de garantir que a instituição da arbitragem necessária que agora defendemos não restringe, em nenhum momento e de nenhuma forma, os direitos fundamentais dos particulares (aqui se incluindo pessoas singulares e pessoas coletivas) prende-se com a necessidade de se fixar um prazo razoável para o recurso dessas decisões.

Por fim, quanto ao tema dos recursos, é importante esclarecer que, em nosso entender, e em relação ao modelo de arbitragem necessária que propomos, deviam existir quatro tipos de recurso, isto é, *i)* o recurso de apelação, seguindo as regras do CPTA nesta matéria, designadamente as previstas no artigo 149.º, do CPTA; *ii)* o recurso de revisão, cujas regras aplicáveis seriam as mesmas que constam no artigo 154.º a 156.º, do CPTA; *iii)* o recurso para uniformização de jurisprudência para o STA, previsto no artigo 150.º, do CPTA e às regras previstas no CPC; e, por fim, *iv)* o recurso de constitucionalidade, nos mesmos termos dos previstos da LTC³¹³. No que à tramitação dos recursos diz respeito, e tendo em conta que, como já referimos diversas vezes ao longo do presente estudo, a resolução de litígios pré-contratuais tem subjacente uma preocupação com a urgência, ter-se-iam de aplicar as regras constantes no artigo 147.º do CPTA, por forma a que fosse garantida uma tramitação célere destes recursos.

A instituição da arbitragem necessária que preconizamos implicaria, necessariamente, a criação de um regime aplicável à seleção de árbitros³¹⁴, de regras de processuais a aplicar no julgamento dos litígios e de um procedimento a levar a cabo no âmbito do julgamento dos litígios pré-contratuais. Conforme antecipámos acima, um dos problemas intrínsecos do julgamento dos processos de contencioso pré-contratual urgente prende-se com a demora associada a esse julgamento, o que resulta, em nosso entender de este modelo urgente ser um decalque da ação administrativa, mas com prazos mais reduzidos. Ora, tendo em conta que a arbitragem de litígios

³¹² Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/2013, de 24 de abril de 2013, Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, processo n.º 279/2013, acessível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>.

³¹³ Como se disse no início deste estudo, sendo os tribunais arbitrais verdadeiros tribunais, eles têm poderes para fiscalizar a conformidade constitucional das normas que aplicam e recusar a aplicação das normas que entendam ser inconstitucionais.

³¹⁴ MIGUEL GALVÃO TELES, “A independência e imparcialidade *Op. Cit.*, p. 271 e ss.

emergentes da fase pré-contratual é um decalque do regime de urgência previsto nos artigos 100.º e ss do CPTA, ela enferma dos mesmos vícios³¹⁵. Assim, e por forma a que o modelo de arbitragem necessária a instituir seja um modelo efetivamente viável é fundamental que se criem regras próprias e que deem resposta a essa necessidade de urgência.

Depois, através da criação e implementação regras quanto ao desenvolvimento do processo arbitral nos centros de arbitragem administrativa institucionalizada, por forma a “[g]arantir um nível da sua independência e imparcialidade equivalente ao dos tribunais estaduais”³¹⁶. Referimo-nos aqui a regras de seleção dos árbitros – “[f]undamentais para assegurar a validade da atribuição da competência para a resolução dos litígios a um Tribunal arbitral, bem como para garantir a credibilidade das suas decisões junto da comunidade”³¹⁷ –, regras de publicidade do processo e das decisões proferidas *a final*, regras de impugnação das decisões dos tribunais arbitrais, regras de transposição da Diretiva Recursos (designadamente na compatibilização da arbitragem necessária com o efeito suspensivo automático).

Por fim, cumpre ainda abordar uma questão que assume relevância quando falamos em arbitragem institucionalizada necessária e que se prende com o pagamento de custas arbitrais. Consubstanciando o recurso aos tribunais arbitrais a prestação de um serviço, é natural que o mesmo envolva o pagamento de uma contrapartida. Também assim o é a propósito do recurso aos tribunais estaduais, prevendo a lei que é devido o pagamento de uma taxa de justiça pelo impulso processual das partes (cfr. artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, que aprova o Regulamento das Custas Processuais). Isto é, quem escolhe recorrer aos tribunais paga uma contrapartida pela utilização desse serviço. Ora, atendendo a essa razão justificativa para a existência de uma contrapartida pela utilização de um serviço, é evidente que a mesma também pode existir quando está em causa o recurso à arbitragem necessária. À semelhança do que acontece nos tribunais, também está em causa a prestação de um serviço, que envolve

³¹⁵ Apesar de não ter de o ser. Como ensina Ricardo Guimarães, “[a]s regras processuais podem assumir uma tramitação diferente da prevista naquele Código, desde que, de um ponto de vista material, as preocupações de urgência que lhe estão subjacentes, desde logo em matéria de celeridade e de efeitos substantivos aplicáveis à impugnação, estejam asseguradas”. Cfr. RICARDO GUIMARÃES, “A arbitragem e a revisão do *Op. Cit.*, p. 88.

³¹⁶ RUI TAVARES LANCEIRO, “Necessidade da arbitragem e arbitragem necessária – uma análise à luz da jurisprudência constitucional”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, (coord.), *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, p. 71.

³¹⁷ MARCO CALDEIRA e TIAGO SERRÃO, “As arbitragens pré-contratuais no Direito Administrativo português: entre a novidade e o risco de ineffectividade”, in Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, pp. 318-320.

custos, materiais e humanos. Até aqui nenhuma questão parece surgir. O tema que levanta maiores dificuldades é a questão de saber se deve ser garantido o apoio judiciário nos tribunais arbitrais e por quem deve ser financiado esse apoio. Desde logo, começamos por afirmar que estamos perante uma arbitragem necessária e, portanto, obrigatória, que é imposta por lei. Como tal, “[q]uando o legislador consagra regimes de arbitragem necessária, deve ter o cuidado de garantir que a sua instituição não redunde num caso de restrição constitucionalmente inadmissível do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º, n.º 1, da Constituição)”³¹⁸. Por outras palavras, se se pretender adotar a arbitragem necessária como o verdadeiro mecanismo de resolução alternativa de litígios pré-contratuais, o legislador terá de encontrar uma forma de garantir o acesso ao apoio judiciário nos casos em que as partes não tenham possibilidade de financiar o pagamento de custas processuais. Em nosso entender, tal poderá acontecer através da atribuição de um montante do Orçamento do Estado destinado a financiar o apoio judiciário no âmbito dos tribunais arbitrais.

Por fim, uma breve nota para responder (antecipadamente) a uma crítica que sabemos que a nossa tese pode enfrentar. O recurso à arbitragem para a resolução de litígios pré-contratuais não só não colide com o direito fundamental de acesso aos tribunais, como, se estiver devida e legalmente prevista, permite concretizar tal direito fundamental. Importa não esquecer que os tribunais arbitrais são, ao abrigo do artigo 209.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa verdadeiros tribunais e, por isso, o direito fundamental não pode, do nosso ponto de vista, ser somente entendido como concretizado se os particulares tiverem acesso aos tribunais estaduais. Na posição que defendemos, este direito fundamental é igualmente garantido a todos os particulares (aí se incluindo pessoas singulares e pessoas coletivas) se o acesso aos mesmos e seu procedimento estiver bem enquadrado e estruturado do ponto de vista legislativo e se permitir que os litígios sejam resolvidos em tempo útil. Por forma a que os particulares tenham acesso um meio de resolução de litígios eficaz, com decisões acertadas do ponto de vista legal e, no caso dos litígios pré-contratuais, que se compaginem com o regime de urgência que a resolução dos mesmos impõe. Destaque-se que nada serve defendermos um direito fundamental de acesso aos tribunais (estaduais) se, aquando desse acesso formos confrontados com uma justiça que não funciona, que demora meses a proferir decisões que, muitas vezes, fruto do

³¹⁸ RUI TAVARES LANCEIRO, “Necessidade da arbitragem e arbitragem necessária *Op. Cit.*, p. 96.

decurso do tempo, se revelam pouco úteis e obsoletas, apenas para que no final do dia possamos afirmar que “pelo menos foram decididas por tribunais estaduais”.

Antecipamos também e desde já que não devem colher críticas como as que se consubstanciam no facto de os processos arbitrais serem mais opacos que os processos levados a cabo nos tribunais estaduais administrativos e fiscais. Tal não só não é verdade e para o confirmar basta consultar o sítio da *internet* do Ministério da Justiça, que disponibiliza o acesso às decisões arbitrais. Como, se comprarmos esta solução com a aplicável às decisões dos tribunais administrativos e fiscais de primeira instância, percebemos que existe uma abertura maior, dado que essas decisões nem sequer se encontram disponíveis publicamente.

7.4. Uma alternativa mais ousada... a criação de entidades administrativas especializadas

Em alternativa às soluções acima propostas, a doutrina tem defendido a criação de tribunais administrativos especializados de contratação pública – necessidade e possibilidade já reconhecidas pelo Governo – e que poderão funcionar como uma alternativa ao funcionamento dos tribunais administrativos e fiscais.

Uma outra alternativa ao funcionamento dos tribunais estaduais e à criação destes tribunais especializados de contratação pública pode ser a criação de entidades administrativas especializadas com competência para dirimir litígios emergentes da contratação pública e com “[p]oderes unilaterais de resolução de litígios e de adoção de medidas cautelares e provisórias destinadas a assegurar o efeito útil das suas decisões e a tutela dos interesses em jogo”³¹⁹. Entre nós, há quem defenda ainda a criação de um “[ó]rgão administrativo independente com poderes para-judiciais sem poderes regulatórios, capaz de dirimir litígios com base na lei”^{320_321}.

O sucesso destas entidades administrativas é reconhecido além-fronteiras. Num documento de trabalho da CE, foi reconhecido que os sistemas nacionais que exigem que os procedimentos de contratação pública sejam analisados, em primeira instância, por órgãos de revisão administrativa, em vez de tribunais ordinários tendem a ser mais eficazes. Tal foi confirmado por uma grande maioria dos respondentes à consulta pública realizada pela CE, no âmbito da

³¹⁹ PEDRO COSTA GONÇALVES, “A arbitragem nos litígios da contratação pública”, *Newsletter do CAAD*, setembro de 2014, p. 6.

³²⁰ PEDRO CERQUEIRA GOMES, “O Contencioso Pré-Contratual Público *Op. Cit.*, p. 331.

³²¹ Também entende assim ADOLFO MESQUITA NUNES. Cfr. ADOLFO MESQUITA NUNES, “Por uma verdadeira urgência *Op. Cit.*, p. 21.

qual 74,7% dos inquiridos consideraram que os procedimentos perante tribunais ordinários geralmente demoram mais e resultam em padrões de adjudicação mais baixos do que os procedimentos perante órgãos especializados de revisão administrativa³²². A título meramente exemplificativo, veja-se o exemplo da Alemanha, em que as questões são, em regra, apreciadas em primeira instância por estas entidades administrativas (que não são consideradas tribunais ao abrigo do direito nacional alemão), que são livres e devem atuar de forma independente, sendo os seus membros selecionados por um período de cinco anos³²³.

Tal entidade administrativa seria criada com base constitucional, nos termos do artigo 267.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa. Porém, em nosso entender esta opção levantaria alguns problemas difíceis de ultrapassar e sobre as quais não temos agora oportunidade ou espaço para nos debruçarmos, mas que deixamos, ainda que *en passant*, enunciadas. Desde logo, quanto à independência desta entidade administrativa, organização e funcionamento do processo junto desta entidade, tipo de recurso associado, especialização e independência das pessoas encarregues do julgamento.

Assim, entendemos que, pelo menos para já e antes de se avançar com esta solução, deve ser dada uma verdadeira oportunidade à arbitragem administrativa relativa a litígios emergentes do procedimento pré-contratual.

Contudo, não basta a boa vontade. Conforme antecipámos, quer imediatamente atrás, quer ao longo deste estudo, essa oportunidade tem de ser acompanhada de uma alteração legislativa que assegure: *i*) uma previsão e desenvolvimento dos temas que ainda estão em aberto no que respeita à arbitragem administrativa no geral; *ii*) a resolução das incompatibilidades que ainda existem entre os regimes previstos no CPTA e no CCP; e, por fim, mas não menos importante, *iii*) que se reveja o regime da arbitragem no contencioso pré-contratual, designadamente nos termos que propusemos ao longo deste estudo.

³²² Para o efeito, veja-se as considerações tecidas pela CE, em 2017, no COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EVALUATION *Op.Cit.*, p. 45.

³²³ Cfr. MARTIN BURGI, EU Procurement Rules – A Report about the German Remedies System, in Steen Treumer & François Lichère (eds.), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, DJØF Publishing Copenhagen 2011, acessível em https://eplgroup.eu/wp-content/uploads/2016/06/EPLS.Vol3_Enforcement.pdf, consultado a 25/02/2025, pp. 111-112.

8. CONCLUSÕES

A questão a que nos propusemos a responder no presente estudo reconduz-se a compreender uma questão que assola a justiça administrativa em Portugal: *Quais as razões pelas quais a arbitragem pré-contratual não tem dado os resultados esperados, designadamente de funcionar como um verdadeiro mecanismo de resolução alternativa de litígios face ao recurso aos tribunais estaduais administrativos? É possível ultrapassar os entraves existentes atualmente? Se sim, quais os mecanismos para o fazer?*

É nosso entender que não podemos começar sem ser por afirmar que a principal conclusão deste estudo é a de que a arbitragem administrativa no âmbito do contencioso pré-contratual tem todo o potencial para ser um verdadeiro mecanismo alternativo ao recurso aos tribunais estaduais para o julgamento destas matérias e que as decisões emergentes da mesma, em momento algum, devem ser consideradas, por defeito, como de qualidade ou mérito inferior às proferidas pelos tribunais estaduais. Ademais, é nosso entender que a arbitragem no contencioso pré-contratual e a resolução destes litígios através da jurisdição estadual devem andar a par e passo, por forma a que, no futuro, possamos verdadeiramente falar em mecanismos *alternativos* de resolução de litígios e de modo que a arbitragem deixe de ser olhada como o “parente pobre” dos tribunais estaduais³²⁴.

Tendo em conta o que se acaba de afirmar, deixamos então as conclusões deste estudo na esperança que as mesmas possam servir de inspiração ao legislador de uma futura reforma na matéria que serviu de mote a esta investigação.

A arbitragem no contencioso pré-contratual surge como uma alternativa promissora aos tribunais estaduais, especialmente num contexto onde a justiça enfrenta desafios de morosidade e sobrecarga processual. Este mecanismo tem o potencial de oferecer uma resolução mais célere e eficaz dos litígios, aliviando a pressão sobre os tribunais e garantindo uma justiça mais acessível, eficiente e especializada. No entanto, a sua implementação enfrenta obstáculos significativos que têm limitado a sua utilização e eficácia.

Uma das principais razões para a escassa utilização da arbitragem no contencioso pré-contratual reside, em nosso entender, nas incompatibilidades entre o CCP e o CPTA. Estas incompatibilidades criam confusão e incerteza, dificultando a aplicação prática da arbitragem

³²⁴ MARIA FERNANDA MAÇÃS, “Notas sobre um modelo adequado de arbitragem *Op. Cit.* p. 28.

no contencioso pré-contratual. O CCP e o CPTA contêm disposições que, por vezes, se contradizem, especialmente no que diz respeito à arbitragem de litígios emergentes na fase de formação de contratos. Esta falta de harmonização legislativa resulta numa aplicação inconsistente da arbitragem, desincentivando a sua utilização por parte das entidades adjudicantes e dos particulares (aqui se incluindo não apenas as pessoas individuais como as pessoas coletivas).

De acordo com o modelo que se encontra atualmente pensado para a arbitragem de litígios pré-contratuais, a arbitragem institucionalizada é frequentemente preferida devido à sua estrutura organizada, à garantia de um processo mais formalizado, transparente e diríamos mesmo mais seguro na resolução de litígios. No entanto, enfrenta desafios significativos, incluindo questões de implementação prática e custos associados. A arbitragem institucionalizada, embora ofereça vantagens como a especialização e a celeridade, pode ser onerosa, o que limita o seu acesso, especialmente para entidades com recursos financeiros limitados. Além disso, a falta de previsões claras sobre o apoio judiciário em relação à arbitragem administrativa agrava o problema, tornando a arbitragem menos acessível para aqueles que dela mais necessitam.

O regime de recursos nas decisões arbitrais é outro fator que impacta a eficácia da arbitragem no contencioso pré-contratual. A atual estrutura de recursos não garante um duplo grau de jurisdição de forma eficaz, o que pode comprometer a confiança das partes na arbitragem como um mecanismo verdadeiramente alternativo de resolução de litígios. A possibilidade de recurso para os tribunais estaduais, especialmente em litígios de valor elevado, é vista como uma medida de desconfiança nas decisões arbitrais, o que pode desincentivar o recurso à arbitragem.

A arbitragem administrativa em matérias de contencioso pré-contratual tem o potencial de ser uma alternativa eficaz aos tribunais estaduais, mas isso requer um esforço legislativo significativo para superar os desafios atuais elencados ao longo do presente estudo. A implementação de soluções como a harmonização legislativa entre o CCP e o CPTA, a consagração da arbitragem necessária e a criação de entidades especializadas pode transformar a arbitragem numa opção viável e eficaz para a resolução de litígios pré-contratuais. Com as reformas adequadas, a arbitragem pode oferecer uma justiça mais célere e acessível, beneficiando tanto as entidades adjudicantes quanto os particulares.

Uma das soluções propostas neste estudo consiste na harmonização entre os regimes previstos no CCP e no CPTA, eliminando disposições conflitantes e criando um regime jurídico coeso

para a arbitragem no contencioso pré-contratual. Esta harmonização permitirá uma aplicação mais consistente e previsível da arbitragem, incentivando a sua utilização. A revisão das disposições conflitantes e a criação de um regime unificado são passos essenciais para garantir a eficácia da arbitragem como verdadeira alternativa aos tribunais estaduais.

Outra das soluções alternativas que apresentámos neste estudo prende-se com a consagração da arbitragem necessária para efeitos de resolução de litígios emergentes na fase de formação dos contratos. Olhando para o exemplo da arbitragem tributária, esta opção, permitirá aumentar a sua utilização do mecanismo da arbitragem, garantindo que a arbitragem seja uma opção viável e acessível para a resolução de litígios pré-contratuais. Esta abordagem requer salvaguardas adequadas para proteger os direitos dos particulares, incluindo a garantia de um recurso efetivo e a proteção dos particulares contra custos excessivos. Em nosso entender, a arbitragem necessária pode ser implementada de forma a garantir que os direitos fundamentais dos particulares sejam respeitados, ao mesmo tempo que se promove uma resolução mais célere dos litígios.

Como se disse no capítulo do presente estudo que dedicámos às propostas de soluções para a questão que lhe serviu de mote, estas encontravam-se ordenadas de forma que a última fosse aquela que, do nosso ponto de vista, é a mais audaciosa. A terceira solução que propomos consiste na criação de entidades administrativas especializadas para resolver litígios pré-contratuais. Estas entidades poderiam oferecer uma alternativa eficaz aos tribunais estaduais, com a capacidade de resolver litígios de forma mais rápida e especializada. No entanto, a implementação desta solução enfrenta desafios significativos, incluindo questões de independência, organização e financiamento. A criação de tais entidades requer um planeamento cuidadoso para garantir que sejam eficazes e que não repliquem os problemas existentes nos tribunais estaduais.

Assim, terminamos com uma conclusão e com uma provocação a todos aqueles que aqui chegaram: o regime da arbitragem no contencioso pré-contratual necessita de uma de uma abordagem legislativa unificada no âmbito do CPTA e a mesma é urgente.

BIBLIOGRAFIA

Jurisprudência

a) Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do TJUE, proferido no âmbito do processo n.º C-377/13c, 12 de junho de 2014, acessível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153582&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2170932>.

b) Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86, 8 de julho de 1986, Conselheiro Martins da Fonseca, processo n.º 178/84.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 393/89, de 18 de maio de 1989, Conselheiro Messias Bento, proferido no âmbito do processo n.º 417/88.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 52/92, 14 de março de 1992, Conselheira Assunção Esteves, processo n.º 10/89.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 757/95, de 20 de dezembro de 1995, Conselheiro Guilherme da Fonseca, processo n.º 128/94.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 250/96, 29 de fevereiro de 1996, Conselheira Maria Fernanda Palma, processo n.º 194/92.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 506/96, 21 de março de 1996, Conselheira Maria Fernanda Palma, processo n.º 137/93.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 114/98, de 4 de fevereiro de 1998, Conselheiro Ribeiro Mendes, processo n.º 529/97.

e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 262/98, de 5 de março de 1998, Conselheiro Alves Correia, processo n.º 140/95.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 181/2007, 8 de março de 2007, Conselheiro Paulo Mota Pinto, processo n.º 343/05.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/2013, de 24 de abril de 2013, Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, processo n.º 279/2013.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 781/2013, de 20 de novembro de 2013, Conselheiro José da Cunha Barbosa, processo n.º 916/13.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 123/2015, de 12 de fevereiro de 2015, Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, processo n.º 763/13.

c) Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28/05/2015, proferido no âmbito do processo n.º 2040/13.0TVLSB.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt.

d) Tribunal Central Administrativo Sul

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 24/11/2016, proferido no âmbito do processo n.º 919/16.7BELSB, acessível em www.dgsi.pt.

e) Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13.02.2014, proferido no processo n.º 724/13.2YRLSB-8, acessível em www.dgsi.pt.

Doutrina

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Justiça Administrativa*, 15.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016.

AMARAL, Diogo Freitas Do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2020.

AMORIM, João Pacheco, e SOARES, Bárbara M., “Algumas considerações em torno dos centros de arbitragem voluntária institucionalizada e dos respectivos regulamentos arbitrais”, in Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), *A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*, 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 91-107.

ALMEIDA, José Mário Ferreira de, “Equidade na arbitragem administrativa: ainda a queremos?”, in Tiago Serrão (coord.), *Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL - Contributo para o presente e futuro dos meios de resolução alternativa de litígios*, Vol. I, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, p. 87-106.

ALMEIDA, Mário Aroso de, “Arbitragem de Direito Administrativo: reflexão geral”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, (coord.), *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, pp. 15-28.

ALMEIDA, Mário Aroso de, “Arbitragem e Tribunais Administrativos”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7, 2014, pp. 47-64.

ALMEIDA, Mário Aroso de, “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, in Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho, José Sousa e Brito, Miguel Nogueira de Brito, Margarida Lima Rego, Pedro Múrias, *Estudos de Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2012, p. 7.

ALMEIDA, Mário Aroso de, e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 5.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2022.

ALVES, Pedro Leite, “A Arbitragem de Direito Público”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, janeiro-abril 2018, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 82-85.

ANDRADE, José Robin de, “Arbitragem e contratos públicos”, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

ARROWSMITH, Sue, *EU Public Procurement – An Introduction*, 2010, acessível em <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>, consultado a 25/02/2025.

BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem – LAV de 2011 Revisto e Atualizado*, 2.^a edição, Coimbra, Almedina, 2013.

BASTOS, Filipe Brito, “A arbitragem em Direito Administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses”, in Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.^a Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, pp. 75-98.

BURGI, Martin, “EU Procurement Rules – A Report about the German Remedies System”, in Steen Treumer & François Lichère (eds.), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, DJØF Publishing Copenhagen 2011, acessível em https://eplgroup.eu/wp-content/uploads/2016/06/EPLS.Vol3_.Enforcement.pdf, consultado a 25/02/2025, pp. 105-153.

CADILHA, António, “CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL”, *JULGAR* n.º 23, maio-agosto 2014, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 207-220, acessível em <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/05/10-Ant%C3%B3nio-Cadilha.pdf>, consultado a 12/02/2025.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, “Implementação de uma segunda instância arbitral?”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, (coord.), *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.^a Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, pp. 99-113.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, “Reserva de jurisdição estadual e limites à arbitragem administrativa”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. X, 2017, pp. 96-124.

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.^a edição (5.^a Reimpressão), Coimbra, Almedina, 1994.

CALADO, Diogo, “Os (outros) meios alternativos de resolução de litígios no CCP: uma primeira análise”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão, Marco Caldeira, (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 1.^a Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, pp. 993-1014.

CALDEIRA, Marco, “A Arbitragem no Código dos Contratos Públicos”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, (coord.), *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.^a Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, pp. 325-367.

CALDEIRA, Marco, “Contencioso da Contratação Pública”, in Tiago Serrão e José Duarte Coimbra (coord.), *Contencioso Administrativo Especial*, Lisboa, AAFDL Editora, 2021, pp. 175-248.

CALDEIRA, Marco, “Contencioso pré-contratual urgente: duas décadas, dois problemas (quase) insolúveis”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 5, outubro 2024, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 87-103.

CALDEIRA, Marco, *Estudos sobre o contencioso pré-contratual*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017.

CALDEIRA, Marco e SERRÃO, Tiago, “As arbitragens pré-contratuais no Direito Administrativo português: entre a novidade e o risco de inefectividade”, in Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.^a Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, pp. 289-329.

CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, Volume II.

CARAMELO, António Sampaio, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Vol. III, dezembro de 2006, pp. 1233 e ss.

CARAMELO, António Sampaio, *A Impugnação da Sentença Arbitral*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2018.

CARDOSO, António de Magalhães, e NAZARÉ, Sara, “A arbitragem necessária – natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão”, in Agostinho Pereira de Miranda, Miguel Cancellia de Abreu, Paula Costa e Silva, Rui Pena, Sofia Martins, (org.), *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, 1.^a Edição, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2015, pp. 33-55.

CARVALHO, Ana Celeste, “Aspectos Processuais da ação de contencioso pré-contratual e dos seus incidentes, à luz do CPTA e do CCP revistos”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, janeiro-abril 2018, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 32-48.

CARVALHO, Ana Celeste, MONTEIRO, António Pedro Pinto, BRITO, David Pratas, COIMBRA, José Duarte, CALDEIRA, Marco, PEDRO, Ricardo e SERRÃO, Tiago, *Arbitragem Administrativa: Uma Proposta*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 28.

CAUPERS, João, “A arbitragem na nova justiça administrativa”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 34, julho-agosto 2002, pp. 65-68.

COIMBRA, José Duarte, “O recurso à equidade nas arbitragens de Direito Administrativo” in Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, pp. 133-193.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Arbitragem. Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Coimbra, Almedina, 2015.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, “A Arbitragem dos Litígios entre Particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo”, *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 683-720.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, “A representação das pessoas coletivas na arbitragem administrativa”, in Agostinho Pereira de Miranda, Miguel Cancellata de Abreu, Paula Costa e Silva, Rui Pena, Sofia Martins, (org.), *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, 1.ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2015, pp. 109-134.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, e COIMBRA, José Duarte, “O dever de fundamentar e a anulação de decisões arbitrais”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 13, 2020, pp. 173-222.

DURO, Joana, “Direito à outorga do compromisso arbitral nos domínios da Arbitragem ad hoc. As velhas questões na esteira de um novo CPTA”, *Newsletter do CAAD*, n.º 1, 2015, pp. 21-24.

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

FARINHO, Domingos Soares, “Algumas notas sobre o modelo institucional do centro de arbitragem administrativa (CAAD)”, in Nuno de Villa-Lobos, Mónica Brito Vieira, (org.), *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, pp. 31-45.

FONSECA, Isabel Celeste M., “A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?”, in Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), *A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios*, 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 61-80.

GALANTER, Marc, “Compared to what? Assessing the quality of dispute processing” in *Denver University Law Review*, vol. 66, 1989, pp. xi e ss, acessível em <https://digitalcommons.du.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2597&context=dlr>, consultado a 12/02/2025.

GOMES, Pedro Cerqueira, “O Contencioso Pré-Contratual Público Português – Proposta de revisão à luz do Direito da União Europeia”, *Revista da Orem dos Advogados*, Ano 74, Vol. I, janeiro-março 2014, pp. 291-342.

GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014 reimpr. 2024.

GONÇALVES, Pedro Costa, “A arbitragem nos litígios da contratação pública”, in *Newsletter do CAAD*, setembro de 2014, pp. 5-7.

GONÇALVES, Pedro Costa, “Regime jurídico do contencioso pré-contratual não urgente”, in Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves, e Tiago Serrão (coord.), *Comentários à Revisão do CPTA e do ETAF*, Lisboa, AAFDL, 2016, pp. 541-550.

GONÇALVES, Pedro Costa, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2019.

GUIMARÃES, Ricardo, “A arbitragem e a revisão do Código dos Contratos Públicos”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, janeiro-abril de 2018, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 86-92.

HUNTER, Stephen, “A Duty to Give Reasons, But Only Just”, *Kluwer Arbitration Blog (November 2016)*, acessível em <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/11/01/a-duty-to-give-reasons-but-only-just/>, consultado a 25/02/2025.

JÚDICE, José Miguel, “O Estado e a Arbitragem nos Contratos Administrativos: o caso Português, 2011, p. 31, acessível em https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/02_Guioes_de_Conferencias/Arbitragem_e_Interesse_Publico2011.pdf, consultado a 25/02/2025.

LANCEIRO, Rui Tavares, “Necessidade da arbitragem e arbitragem necessária – uma análise à luz da jurisprudência constitucional”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, (coord.), *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.ª Edição, AAFDL Editora, 2023, pp. 51-98.

LENAERTS, Koen, MASELIS, Ignace e GUTMAN, Kathleen, *EU Procedural Law*, 1st edition, Oxford, 2014.

MAÇÃS, Maria Fernanda, “Notas sobre um modelo adequado de arbitragem administrativa à luz da revisão do CPTA”, *Arbitragem Administrativa*, n.º 1, 2015, CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa, pp. 20-30.

MACHETE, Rui Chancerelle de, “A submissão à arbitragem dos actos procedimentais de formação dos contratos públicos”, *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 151-160.

MARQUES, Alexandra, “A Arbitragem em Matéria Tributária: enquadramento e traços essenciais do regime do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro”, in Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, pp. 355-394.

MARQUES, Francisco Paes, “Arbitragem e multipolaridade administrativa: da necessidade de um regime específico para os contra-interessados e terceiros no processo arbitral jurídico-administrativo” in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, (coord.), *A Arbitragem Administrativa*

em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos, 2.^a Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, pp. 159-195.

MARTINS, André Gaspar, “A arbitragem na contratação pública: algumas questões”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, janeiro-abril 2018, AAFDL Editora, pp. 49-56.

MAS, Joaquín Tornas, “El arbitraje de derecho administrativo en el derecho español. Principales problemas y últimas novedades”, in Nuno de Villa-Lobos, Mónica Brito Vieira, (org.), *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, pp. 193-211.

MEDEIROS, Rui, “Nem oito nem oitenta...A propósito da proposta de uma LAV para as arbitragens administrativas”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, janeiro-abril 2020, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 68-74.

MEDEIROS, Rui, “Regime de recurso das decisões arbitrais no CCP revisto – uma reflexão constitucional”, in Pedro Fernández Sánchez, Luís Alves (coord.), *A Constituição e a Administração Pública: Problemas de Constitucionalidade das Leis Fundamentais do Direito Administrativo Português*, Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 117-140.

MEDEIROS, Rui, “Stress tests à revisão do CCP”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão, Marco Caldeira, (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 1.^a Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, pp. 33-62.

MELO, Pedro e CORDEIRO, Maria Ataíde, “O regime do contencioso pré.contratual urgente”, in Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves, Tiago Serrão (coord.), *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*, 3.^a edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, pp. 887-916.

MENDES, Armindo Ribeiro, “A Arbitragem na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7, 2014, pp. 123-160.

MIRANDA, João, “Novidades sobre arbitragem no anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos” in Maria João Estorninho e Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência a Revisão do Código dos Contratos Públicos*, ICJP-CIDP, 2016, pp. 358-368, acessível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_revisaoccp_icjp2016_fct.pdf, consultado a 12/02/2025.

MIRANDA, Jorge, *As Constituições Portuguesas*, 6.^a edição, Cascais, Principia, 2013.

MONCADA, Luís Cabral de, “A arbitragem no direito administrativo; uma justiça alternativa”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano 7, 2010, pp. 171-186, acessível em https://sigarra.up.pt/flup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49847, consultado a 12/02/2025.

MORAIS, Carlos Blanco de, “Problemas Constitucionais da Arbitragem Necessária em Portugal”, in Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira (org.), *Arbitragem em Direito*

Público, CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa, FGV Projetos, pp. 36-46, acessível em https://projetos.fgv.br/sites/default/files/2024-03/fgv_publicacao_arbitragem_miolo.pdf, consultado a 12/02/2025.

MORENO, Juan Rosa, “El arbitraje en el Derecho Administrativo Español”, in Nuno de Villalobos, Mónica Brito Vieira, (org.), *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, pp. 151-192.

MOREIRA, Raul Relvas, “O âmbito da arbitragem administrativa no domínio dos contratos”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.^a Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, pp. 255-323.

MOREIRA, Vital, “Tribunais arbitrais e direito de acesso à justiça: uma perspetiva constitucional”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 9, 2016, pp. 123-151.

MOSES, Margaret, L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, Cambridge, 2024.

NUNES, Adolfo Mesquita, “A Arbitragem no Código dos Contratos Públicos: primeiras interrogações”, *Arbitragem Administrativa*, n.º 3, CAAD, 2017, pp. 16-23.

NUNES, Adolfo Mesquita, “A imperfeição da urgência pré-contratual no nosso contencioso”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, janeiro-abril 2020, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 35-42.

NUNES, Adolfo Mesquita, “Por uma verdadeira urgência pré-contratual”, in Tiago Serrão, Marco Caldeira, (coord.), *A Justiça Administrativa em Portugal*, 1.^a Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2022, pp. 15-28.

NUNES, Rita Carvalho e CABANA, Mariana, “A Arbitragem Tributária e a necessária atribuição de poderes coercivos aos tribunais arbitrais – em defesa da verdade material (um rumo possível)”, *Revista Ex-Libris*, Ano 2, n.º 4, AAFDL Editora, 2023, pp. 13-19.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Fernanda Paula, e MACHADO, Carla, “Existirá em Portugal uma (efetiva) justiça administrativa alternativa?”, *Revista Internacional de Arbitragem e de Conciliação*, n.º 19, 2023, pp. 11-45.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Lei de Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 115, janeiro-fevereiro de 2016, pp. 16-26.

OTERO, Paulo, “Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos”, *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa. Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 81-91.

OTERO, Paulo, *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, 1.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2016.

OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 1.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2016, 2.^a reimp..

OTERO, Paulo, “Os contrainteressados em contencioso administrativo: fundamento, função e determinação do universo em curso de ato final de procedimento concursal” *in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, pp. 1073 e ss.

PEDRO, Ricardo, “Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público”, *in* Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.^a Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, pp. 99-131.

PEDRO, Ricardo, “Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de direito administrativo, em especial em matéria de contratos públicos: entre a efetividade e as dúvidas... e notas breves sobre a proposta de Lei n.º 168/XIII”, *Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, pp. 49-78.

PEDRO, Ricardo, “Da efetividade do direito administrativo à efetividade da(s) justiça(s) administrativa(s)”, *Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, pp. 7-24.

PEDRO, Ricardo, “Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: Um puzzle em construção, um palimpsesto *or something different?*”, *Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, pp. 79-96

PINHEIRO, Luís de Lima, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Lisboa, Imprensa FDUL, 2023.

PROENÇA, André, “Os contrainteressados e a arbitragem de Direito Administrativo” *in* Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.^a Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, pp. 195-237.

QUADROS, Fausto de, “Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7, 2014, pp. 7-14.

RAIMUNDO, Miguel Assis, “Nota sobre a arbitragem administrativa no Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos”, *Newsletter do CAAD*, n.º 1, 2016, p. 3-8.

RAMOS, Vasco Moura, “Os meios contra decisões arbitrais em matéria Administrativa – Breves comentários ao regime jurídico vigente”, *in* Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro,

(coord.), *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, p. 227-251.

SANCHEZ, Pedro Fernández, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, Lisboa, AAFDL Editora, 2020.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, Lisboa, AAFDL Editora, 2020.

SERRÃO, Tiago, “A Arbitragem no CCP Revisto”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão, Marco Caldeira, (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, pp. 961-992.

SERRÃO, Tiago, “Considerações sumárias sobre a arbitragem no CCP revisto”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, janeiro-abril 2018, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 93-94.

SERRÃO, Tiago, “Arbitragem administrativa: direito constituído e direito a constituir”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 136, julho-agosto 2019, pp. 59-65.

SERRÃO, Tiago, “A arbitragem no CPTA”, in Carla Amado Gomes, Ana F. Neves, Tiago Serrão (coord.), *Comentários à legislação processual administrativa*, 4.ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 1247-1289.

SILVA, Artur Flaminio da, “O Novo Regime Jurídico da Resolução de Conflitos Desportivos no Direito Administrativo: sobre a Arbitragem Necessária e a Mediação no Tribunal Arbitral do Desporto”, in Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, (coord.), *Arbitragem e Direito Público*, 1.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, reimpr. 2018, pp. 395-436.

SILVA, Duarte Rodrigues da, “O levantamento do efeito suspensivo automático no contencioso pré-contratual”, *Cadernos Sêrvulo de Contencioso Administrativo e Arbitragem*, n.º 1, 2016, acessível em https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/03_CADERNO_S/2016/Pub_DRS_Caderno_Servulo_de_Contencioso_Administrativo_e_Arbitragem_NoI.pdf, consultado a 25/02/2025.

SILVA, Paula Costa e, *Estudos de Arbitragem*, Volume I, 1.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2022.

SILVA, Paula Costa e “Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 56, 1996, pp. 179-207.

SILVA, Suzana Tavares Da, “Notas breve sobre o presente e futuro da arbitragem administrativa em Portugal”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, janeiro-abril 2020, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 75-78.

SILVA, Vasco Pereira, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 1.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2005.

SILVEIRA, João Tiago, “A Arbitragem e o artigo 476.º na revisão do Código dos Contratos Públicos”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, janeiro-abril 2018, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 60-65.

SOUSA, Simão Mendes de, “O Princípio da Igualdade de Partes e o Artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 18, 2022, pp. 191-222.

TELES, Miguel Galvão, “A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional”, *in* José Lebre de Freitas, Rui Pinto Duarte, Assunção Cristas, Vitor Pereira das Neves, Marta Tavares de Almeida, (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 251-283.

VILLA-LOBOS, Nuno, “Análise da evolução das políticas públicas de implementação da arbitragem administrativa no CAAD”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, janeiro-abril 2020, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 62-67.

VITORINO, José Miguel, “Contributo para a construção de um critério de arbitrabilidade na arbitragem de Direito Administrativo”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 10, 2017, pp. 125-155.

ANEXOS

ANEXO I

Arbitragem Administrativa

1. Estatísticas GLOBAIS (2009 – 2024)

	Total	%
Processos ENTRADOS	5 384	
Processos Arbitragem	5 349	99,3%
Processos Mediação	35	0,7%
Relações jurídicas de emprego público	5 232	97,2%
Contratação pública	112	2,1%
Pré-contratual Urgente	5	0,1%
Outro	35	0,7%
Envolvendo entidades pré-vinculadas (MJ, MC, MEC, IPP, IPC, IPB e ISEP)	4 830	89,7%
Outras entidades vinculadas caso a caso	554	10,3%
	Total	%
Processos FINDOS com DECISÃO	3 496	64,9%
Processos Arbitragem	3 490	99,8%
Relações jurídicas de emprego público	3 441	98,6%
Contratação pública	43	1,2%
Pré-contratual Urgente	4	0,1%
Outro	2	0,1%
Envolvendo entidades pré-vinculadas (MJ, MC, MEC, IPP, IPC, IPB e ISEP)	3 343	95,8%
Outras entidades vinculadas caso a caso	147	4,2%
Prazo médio de resolução	4 meses e 28 dias	
Processos Mediação	6	0,2%
Envolvendo entidades pré-vinculadas (MJ, MC, MEC, IPP, IPC, IPB e ISEP)	3	50,0%
Outras entidades vinculadas caso a caso	3	50,0%

	Total	%
Processos FINDOS (com e sem decisão)	5 174	96,1%
Processos Arbitragem	5 141	99,4%
Processos Mediação	33	0,6%
Processos EM CURSO (Pendentes)	210	3,9%

2. Estatísticas 2024

	Total	%
Processos ENTRADOS	250	
Processos Arbitragem	250	100%
Processos Mediação	0	0%
Relações jurídicas de emprego público	230	92%
Contratação pública	11	4,4%
Pré-contratual Urgente	1	0,4%
Outro	8	3,2%
Envolvendo entidades pré-vinculadas (MJ, MC, MEC, IPP, IPC, IPB e ISEP)	219	87,6%
Outras entidades vinculadas caso a caso	31	12,4%
	Total	%
Processos FINDOS com DECISÃO	104	41,6%
Processos Arbitragem	104	100%
Relações jurídicas de emprego público	102	98,1%
Contratação pública	2	2,0%
Pré-contratual Urgente	0	0%
Outro	0	0%
Envolvendo entidades pré-vinculadas (MJ, MC, MEC, IPP, IPC, IPB e ISEP)	97	93,3%
Outras entidades vinculadas caso a caso	7	6,7%
 Prazo médio de resolução	 5 meses e 17 dias	

Processos Mediação	0	0%
Envolvendo entidades pré-vinculadas (MJ, MC, MEC, IPP, IPC, IPB e ISEP)	0	0%
Outras entidades vinculadas caso a caso	0	0%
	Total	%
Processos FINDOS (com e sem decisão)	124	49,1%
Processos Arbitragem	124	100%
Processos Mediação	0	0%
Processos EM CURSO (Pendentes)	208	83.2%

3. Estatísticas 2023

	Total	%
Processos ENTRADOS	135	
Processos Arbitragem	135	100%
Processos Mediação	0	0%
Relações jurídicas de emprego público	121	89.6%
Contratação pública	7	5.2%
Pré-contratual Urgente	1	0.7%
Outro	6	4.4%
Envolvendo entidades pré-vinculadas (MJ, MC, MEC, IPP, IPC, IPB e ISEP)	101	78,8%
Outras entidades vinculadas caso a caso	34	25.2%
	Total	%
Processos FINDOS com DECISÃO	439	325.2%
Processos Arbitragem	439	100%
Relações jurídicas de emprego público	431	98,2%
Contratação pública	5	1,1%
Pré-contratual Urgente	1	0,2%
Outro	2	0,5%

Envolvendo entidades pré-vinculadas (MJ, MC, MEC, IPP, IPC, IPB e ISEP)	411	93,6%
Outras entidades vinculadas caso a caso	28	6.4%
Prazo médio de resolução	5 meses e 12 dias	
Processos Mediação	0	0%
Envolvendo entidades pré-vinculadas (MJ, MC, MEC, IPP, IPC, IPB e ISEP)	0	0%
Outras entidades vinculadas caso a caso	0	0%
	Total	%
Processos FINDOS (com e sem decisão)	467	345.9%
Processos Arbitragem	467	100%
Processos Mediação	0	0%
Processos EM CURSO (Pendentes)	82	60.7%