



A (DES)NECESSIDADE DE UMA LEI DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS - O ESTADO DE ARTE¹

THE (LACK OF) NEED FOR AN ADMINISTRATIVE ARBITRATION LAW IN THE PORTUGUESE LEGAL SYSTEM - A STATE OF THE ART

Bárbara Magalhães²

RESUMO: Face à crescente morosidade da justiça estadual, insuficiência de recursos técnicos e humanos e crescente especialização das matérias objeto dos litígios, em matéria jus administrativa, aliados às vantagens inerentes aos meios alternativos de resolução de litígios, mormente à arbitragem, verifica-se um crescente recurso a este mecanismo alternativo de resolução de litígios. No ordenamento jurídico português, a legislação disciplinadora da arbitragem administrativa encontra-se dispersa por vários diplomas. O instituto encontra regulação na Lei da Arbitragem Voluntária, de ora em diante LAV, diploma pensado e configurado para a arbitragem civil e comercial, o qual se aplica supletivamente à arbitragem administrativa, designadamente no que contende com a organização e funcionamento dos tribunais arbitrais. A matéria da arbitragem administrativa encontra-se igualmente regulada, nos seus aspetos fundamentais, no Código de Processo dos Tribunais Administrativos, de ora em diante, CPTA, dos art. 180º a 187º, no Código dos contratos públicos (art. 476º do CCP) e no regime jurídico da arbitragem tributária, por remissão do art. 181º nº4 do CPTA. Face à inexistência de uma fonte normativa una, reguladora da arbitragem administrativa, deparamo-nos com a aplicação de soluções próprias da arbitragem privada à arbitragem de Direito Administrativo, as quais não se coadunam com os princípios aplicáveis no contexto deste ramo de Direito. Acresce-se as acentuadas incongruências entre as diversas soluções previstas nos diversos diplomas. No presente texto, propomo-nos analisar as soluções vigentes em algumas matérias, identificando os principais problemas de aplicação, lacunas, bem como algumas questões que reclamam tratamento específico sob o ponto de vista jurídico administrativo, concluindo pela eventual premência de uma lei de arbitragem voluntária administrativa.

¹ Artigo recebido em 22/04/2024, sob dispensa de revisão.

² Licenciada em Direito, Mestre em Direito Penal e Doutora em Direito Público, Professora Associada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique e Professora Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora integrada do Instituto Jurídico Portucalense. E-mail: barbaram@upt.pt; barbaram@direito.uminho.pt



PALAVRAS-CHAVES: Lei de arbitragem administrativa; arbitrabilidade; árbitros; recurso; arbitragem institucionalizada.

ABSTRACT: In view of the increasing slowness of state justice, insufficient technical and human resources and growing specialization of the matters subject to disputes, in administrative law matters, combined with the advantages inherent to alternative means of resolving disputes, especially arbitration, there is a growing resource to this alternative dispute resolution mechanism. In the Portuguese legal system, the legislation governing administrative arbitration is spread across several diplomas. The institute finds regulation in the Voluntary Arbitration Law, henceforth LAV, a diploma designed and configured for civil and commercial arbitration, which applies in addition to administrative arbitration, particularly with regard to the organization and functioning of arbitration courts. The matter of administrative arbitration is also regulated, in its fundamental aspects, in the CPTA, of arts. 180º to 187º, in the Public Contracts Code (art. 476 of the CCP) and in the legal regime of tax arbitration, by remission of art. 181º nº4 of the CPTA. Given the lack of a single normative source regulating administrative arbitration, we are faced with the application of solutions specific to private arbitration to Administrative Law arbitration, which are not in line with the principles applicable in the context of this branch of Law. In addition, there are marked inconsistencies between the different solutions provided for in the different diplomas. In this text, we propose to analyze the current solutions in some matters, identifying the main application problems, gaps, as well as some issues that require specific treatment from an administrative legal point of view, concluding that there is a possible need for a voluntary arbitration law administrative.

KEYWORDS: Administrative arbitration law; arbitrability; arbitrators; appeal; institutionalized arbitration.

1. INTRODUÇÃO

No ordenamento português, temos assistido a um franco aumento da utilização dos meios alternativos de resolução de litígios, em função das vantagens inerentes aos mesmos, bem como devido aos desafios colocados à justiça administrativa, designadamente no que diz respeito à respetiva morosidade e escassez de meios materiais e humanos, o que constitui um desencorajamento ao seu recurso.



Em face deste contexto, revela-se imperiosa uma regulamentação da matéria da arbitragem no domínio jus administrativo.

Tendo em conta a dispersão legislativa a que assistimos sobre esta matéria, existe uma necessidade premente de disciplinar alguns aspetos essenciais, ainda não regulamentados e, sobretudo, estabelecer um regime jurídico especificamente aplicável à arbitragem em Direito Administrativo, em função dos interesses específicos que norteiam este ramo de Direito.

Face ao exposto, através do presente estudo, propomo-nos analisar em que termos os principais aspectos da arbitragem administrativa se encontram regulados, a fim de aferir da suficiência ou insuficiência dos mesmos, sugerindo-se propostas de disciplina de variados aspetos não regulamentados ou regulamentados de forma insuficiente.

Para o efeito, analisaremos a previsão sobre a arbitrabilidade subjetiva, ou seja, a previsão sobre as entidades que poderão celebrar convenções de arbitragem neste domínio, faremos uma análise das matérias que constituem o âmbito material da arbitragem a fim de concluirmos pela suficiência e adequabilidade da disposição que regula esta matéria, o art. 180º do Código de Processo dos Tribunais Administrativo, indagaremos ainda sobre a eventualidade de as arbitragens que contendam com determinadas matérias correrem os seus termos junto de um centro de arbitragem, criticamos a incongruência do regime em matéria contratual e pré contratual, e, por fim, trataremos ainda de alguns aspetos fundamentais cuja regulamentação em sede da lei de arbitragem voluntária não se articula com os princípios inerentes ao Direito Administrativo. Referimo-nos à fundamentação e publicidade das sentenças arbitrais.

Abordar-se-á ainda a necessidade de se definirem concretamente normas aplicáveis às garantias e imparcialidade dos árbitros.

Por fim, analisaremos a matéria relativa à recorribilidade das sentenças arbitrais, sendo absolutamente imprescindível a regulamentação expressa desta matéria, identificando-se algumas incongruências deste regime nos diversos diplomas disciplinadores da arbitragem em matéria administrativa, sugerindo-se a alteração deste regime, equacionando-se mesmo a necessidade de constituição de uma instância de recurso arbitral, no âmbito de um ramo de direito prossecutor do interesse público.



2. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

A arbitrabilidade subjetiva refere-se à qualidade das partes, no caso particular do Direito Administrativo à possibilidade de o Estado e demais entes públicos celebrarem convenções de arbitragem.

A questão da arbitrabilidade subjetiva no que concerne aos litígios em que sejam parte entes públicos encontra-se sobretudo vertida no art. 1º nº 5 da LAV “*O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado.*”³

Impõe-se aqui distinguir duas situações. Numa primeira situação, o ente público atua em posição de paridade com os particulares, e nestes casos os litígios daí advenientes podem ser submetidos à arbitragem nos mesmos termos em que o são os litígios entre particulares: é o que se encontra previsto na parte final do preceito.

E uma segunda ocorre quando a Administração Pública atua nas suas vestes de “*ius imperium*”, munida de poderes de autoridade. Neste caso as questões emergentes das relações que a Administração estabeleça com os particulares ou entre si, unicamente poderão ser submetidas ao juízo arbitral caso a lei assim o disponha. É, *a contrario sensu*, a situação prevista no segmento intermédio do preceito.

Não obstante, a referida norma não presta qualquer esclarecimento no que diz respeito à legitimidade para celebrar convenções de arbitragem por parte das entidades privadas no uso de poder públicos ou sobre a legitimidade das entidades públicas, no contexto de um litígio decorrente de uma relação interorgânica, submeterem-se à arbitragem. Naturalmente, será possível concluir este propósito em sentido positivo pela interpretação articulada do art. 1º nº5 da LAV e do art. 180º do CPTA. No entanto tal solução não resulta

³ PATRIKIOS, Apostolos, *L'arbitrage en matière administrative*, L.G.D.J., Paris: 1997 e HANOTIAU, Bernard, *L'arbitrabilité, in recueil des cours, Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer law international, The Hague: 2003, pp. e 45 e 46.



expressamente da lei, pelo que uma potencial lei de arbitragem voluntária administrativa, deveria contemplar necessariamente o âmbito de arbitrabilidade subjetiva.

Ainda a propósito do âmbito subjetivo de arbitrabilidade surgem as questões de *multilateralidade* ou de *poligonalidade*⁴ de partes, sobretudo as situações em que existem interesses contrapostos, os designados contrainteressados^{5_6}.

O sistema multilateral suscita problemas que não se levantam em sede de tribunal estadual.⁷ No âmbito da arbitragem, as partes assumem um papel fulcral no que concerne à constituição do respectivo tribunal, uma vez que este resulta da nomeação por elas dos árbitros que o compõem.⁸

⁴ ALMEIDA, Mário Aroso de, *Tópicos sobre o problema do âmbito subjectivo da arbitragem sobre relações jurídicas multilaterais ou poligonais de Direito Administrativo*, V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Coimbra: Almedina, 2012, p. 213.

⁵ Serão considerados contra interessados “*os titulares de interesses que poderão ser afectados pela procedência da ação e que, no momento da respectiva propositura, se encontrem já identificados em função da relação material em causa ou dos documentos contidos no processo administrativo*”, sentido este já utilizado nos arts. 57º e 68º nº2 do CPTA.

⁶ O suporte conferido pela lei aos contra interessados “traduz por um lado, uma função essencialmente subjectiva, enquanto instrumento de garantia de acesso à justiça e do direito a uma tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados de âmbito material, ambos conjugados com a garantia dos princípios adjectivos do contraditório e da igualdade das partes (...) e “*envolve, por outro lado, preocupações de natureza objectiva, todas elas relacionadas com valores essenciais da ordem jurídica, tal como sucede com a máxima amplitude da eficácia subjectiva ou efeito útil da decisão judicial(...), a unidade do sistema jurídico e um exercício mais racional e eficiente da função jurisdicional dos tribunais*”, OTERO, Paulo, *Os Contra Interessados em Contencioso Administrativo: fundamento, função e determinação do universo em recurso contencioso de acto final de procedimento concursal*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 1075 e ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra: Almedina, p. 262.

⁷ Na verdade “*é sobretudo na origem consensual da jurisdição arbitral que se localiza a raiz das graves dificuldades na transposição da estrutura do multipartidismo do processo estadual para o arbitral. Todas as situações de pluralidade de partes provocadas, quer originária, quer superveniente, colidiram, no procedimento arbitral, com o fundamento consensual da jurisdição arbitral. No processo arbitral, a imposição de uma instância a um terceiro, ao contrário do verificado no processo estadual, não pode ocorrer independentemente da sua vontade, expressa anteriormente ou no momento da provocação da intervenção. Se partirmos do paradigma de um litígio entre duas partes celebrantes de uma convenção arbitral, uma instância arbitral que desencadeie entre estas só pode ser ampliada a terceiros, originária ou sucessivamente, se estes forem igualmente celebrantes da convenção arbitral ou se, no momento da proposição da ação ou da provocação superveniente da sua intervenção, acordarem na sua sujeição à jurisdição do tribunal arbitral*”, in SILVA Manuel Botelho da, *Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias*, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, 2002, p. 512 .

⁸ Nas palavras de Oppetit, a propósito da articulação entre os conceitos de arbitragem e terceiros, trata-se de “*duas noções aparentemente estranhas uma à outra*”, OPPETTIT, Bruno, *Théorie de L'Arbitrage Présentation Générale*, RA, nº3, 1998, p. 433.



Se a pluralidade de partes for originária, não se levantam particulares obstáculos, muito embora de forma diferente da solução preconizada nos tribunais estaduais. Vejamos: para que se verifique um litisconsórcio ou uma coligação ativa no âmbito de um processo civil bastará que os interesses em jogo se encontrem numa relação de conexão ou interdependência.

Mas no âmbito do processo arbitral já não se revela suficiente que se verifique uma conexão entre as questões, em virtude da natureza consensual do instituto em causa. Para que a jurisdição arbitral se possa estender ao terceiro, é ainda necessário que este subscreva também a convenção de arbitragem. Entendemos, porém, que a adesão à convenção arbitral poderá ser concretizada expressa ou tacitamente, ocorrendo a adesão tácita sempre que o terceiro intervenha na lide arbitral sem qualquer reserva.

Tudo isto é aplicável em caso de pluralidade de partes, seja ela ativa ou passiva.

Porém, o problema relativo à pluralidade de partes agrava-se na situação dos concontraintressados.

Para a regularidade do processo arbitral, é imprescindível a aceitação e outorga do compromisso arbitral pelos concontraintressados aquando da celebração do mesmo.⁹

Não obstante, a eventual não outorga do compromisso arbitral pelos concontraintressados poderá ser suprida posteriormente à constituição do tribunal arbitral através de expressa adesão superveniente ao compromisso “*a processar através do instituto da intervenção de terceiros, que tem que ser voluntária e compreender a aceitação da composição do tribunal arbitral e das regras processuais estabelecidas, dado que só nessa condição é admissível a intervenção espontânea ou provocada de terceiros em arbitragens em curso*”.¹⁰

Tratando-se de litisconsórcio necessário, pressuposto processual da apreciação do mérito da causa, a intervenção de todos os contra interessados é *conditio sine qua none* da

⁹ Veja-se o que prescrevem os artigos 9º e 17º do Regulamento do CAAD: estes ressalvam a possibilidade da intervenção de terceiro em momento anterior ao da constituição do tribunal arbitral.

¹⁰ TELES, Miguel Galvão, *Addition of Parties: a vacuum left by the Model Law in need of internationally approved Rules*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação – Associação Portuguesa de arbitragem*, ano 2010, pp. 45 e segs, *apud* ALMEIDA, Mário Aroso de Tópicos *sobre o problema do âmbito subjectivo da arbitragem sobre relações jurídicas multilaterais ou poligonais de Direito Administrativo*, V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Coimbra: Almedina, 2012, p. 219.



apreciação do mérito da causa. Note-se a exigência estabelecida nesse sentido pelo art. 180º n° 2 do CPTA.

Repare-se que não nos encontramos perante uma insusceptibilidade de determinada questão ser objeto de arbitragem: não se trata de uma delimitação objetiva da arbitragem, mas de uma ilegitimidade processual, o que conduzirá, naturalmente, à impossibilidade de a questão ser apreciada pela instância jurisdicional.

Verificando-se litisconsórcio voluntário passivo, a legitimidade passiva diz respeito às partes principais e aos contra interessados, pelo que tal pressuposto processual só se encontrará verificado se os contra interessados aceitarem a jurisdição do tribunal arbitral.

É óbvia a razão de ser do carácter voluntário da convenção de arbitragem: como contrato que é, só vincula os contraentes, não podendo alguém ser submetido aos seus efeitos sem prévia ou concomitante anuência nesse sentido.

A segunda questão colocada a propósito dos contrainteressados, relaciona-se com o princípio da igualdade de armas no processo arbitral. Dele decorrem as seguintes ilações: os contra interessados têm de estar em posição igualitária relativamente às restantes partes; no caso de tribunal arbitral plural, e não havendo acordo quanto à designação dos árbitros, a escolha deverá ser cometida ao tribunal estadual; na ausência de concordância entre as partes quanto à fixação dos trâmites do processo, estes deverão ser fixados pelos árbitros.¹¹

A jurisprudência norte-americana é adepta de uma conceção mais radical, socorrendo-se da aplicação do instituto “*Vouching in*”. Este representa uma derrogação ao princípio da autonomia privada, permitindo que o demandado notifique o terceiro, para lhe dar conhecimento que contra ele foi proposta uma ação e de que, sendo condenado, se for o caso, exercerá o direito de regresso contra ele. Em suma, neste sistema o terceiro poderá intervir no processo. No entanto, caso não o faça, ficará vinculado ao caso julgado: tal consequência ocorrerá independentemente do referido terceiro ter subscrito ou não a convenção arbitral.¹²

¹¹ Neste sentido, ALMEIDA, MÁRIO Aroso de Tópicos *sobre o problema do âmbito subjectivo da arbitragem sobre relações jurídicas multilaterais ou poligonais de Direito Administrativo*, V congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Coimbra: Almedina, 2012, p.215.

¹² Cfr. BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes e Intervenção de terceiros na arbitragem*, *Themis*, ano VII, Lisboa: 2006, p. 121.



Parece-nos que se trata de um mecanismo que desvirtua a essência consensual da arbitragem. Constitui um expediente similar à intervenção principal acessória e provocada de terceiros do Processo Civil (arts. 329 n° 1 e 330° do CPC) cuja aplicação ao processo arbitral se não recomenda. Aliás, a aplicação integral dos mecanismos e preceitos do processo civil ao processo arbitral não é de todo defensável, desde logo por estes nem sempre se coadunarem com a natureza jurídica da arbitragem.^{13/14}

A única disposição aplicável nesta matéria em sede de arbitragem administrativa é o art. 180° n2 do CPTA, a qual dispõe que “*quando existam concontrainteresados, a regularidade da constituição de tribunal arbitral depende da sua situação do compromisso arbitral*”, o que revela uma regulação muito parca.

Desde logo, a norma apenas prevê a possibilidade de intervenção dos concontrainteresados no contexto de um compromisso arbitral, no entanto esta situação não esgota as modalidades de convenção de arbitragem, sendo o preceito omissivo quanto à respectiva aplicação no caso de cláusula compromissória.

Por outro lado, reclama-se uma solução legal expressa no que aos direitos e deveres dos concontrainteresados diz respeito, designadamente o direito de nomear os árbitros conjuntamente com o demandado e se a intervenção for posterior à constituição do tribunal arbitral a necessidade de estes anuírem às regras de constituição e funcionamento do tribunal arbitral, sob pena de obstarem ao prosseguimento do mesmo.¹⁵

¹³ A “*transposição absoluta e total do instituto do “Vouching in” para o processo arbitral, sem uma adaptação à sua origem consensual, implica uma derrogação do princípio da autonomia privada como legitimador do poder do árbitro. Para o “Vouchee” a jurisdição arbitral torna-se tão imperativa como a estadual*”, SILVA, Manuel Botelho da, *Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias*, in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço, vol. II, Coimbra: 1999, p. 536.

¹⁴ Neste sentido BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes e Intervenção de terceiros na arbitragem*, *Themis*, ano VII, Lisboa: 2006, p. 121 “*Não podemos concordar com a aplicação generalizada, sem qualquer restrição, de institutos semelhantes aos utilizados nos processos civis estaduais, como a intervenção provocada de terceiros(...) não se justifica, sob pena de pôr em causa a fonte de legitimação da jurisdição arbitral, que um terceiro interessado numa ação a decorrer num tribunal arbitral, constituído à margem da sua autonomia privada, possa sofrer as mesmas consequências inerentes à sua intervenção ou inação, como se de um processo a decorrer em tribunal se tratasse*”.

¹⁵ A este propósito, vide, *Arbitragem Administrativa: Uma proposta*, Coord. Tiago Serrão, Almedina, 2019, pp. 66-68.



3. ARBITRABILIDADE OBJETIVA - CRITÉRIO

O art. 180º do CPTA define o elenco de matérias arbitráveis no domínio jus administrativo.¹⁶

Anteriormente a 2015 discutia-se qual seria critério de arbitrabilidade norteador desta norma, tendo sido primariamente defendido o critério da disponibilidade, de acordo com o qual, os litígios referentes à apreciação de validade do ato administrativo, não poderiam deixar de se encontrarem subtraídos à jurisdição arbitral por contenderem com direitos indisponíveis.

Tal critério revelava alguma incongruência, pois, de acordo com o mesmo, a validade dos atos administrativos seria uma matéria subtraída ao foro arbitral, no entanto, permitia-se a apreciação arbitral da validade dos atos pré -contratuais. Por outro lado, a apreciação da validade dos atos administrativos em matéria tributária já era amplamente permitida, pelo que não se compreendia a solução inconsistente, fornecida pela lei.

Com a LAV de 2011 o critério de arbitrabilidade passou a ser o da patrimonialidade, tendo-se chegado à conclusão que tal não se adequava igualmente à arbitragem administrativa.

Com a alteração do CPTA em 2015 o legislador alargou o âmbito objetivo de arbitrabilidade, permitindo que os tribunais arbitrais apreciassem a validade de atos administrativos, salvo disposição legal em contrário. Não obstante, parece-nos que o critério aplicável é um critério legal por referência às relações jurídico-administrativas.

Não obstante, face ao claro alargamento do leque de matérias arbitráveis, urge a necessidade de estabelecer um elenco claro e objetivo das matérias que possam ser arbitráveis neste domínio.

A título de exemplo, foi alargada a competência dos tribunais arbitrais para apreciação de litígios que importem a apreciação da validade de atos administrativos. Não

¹⁶ VIEIRA, Pedro Siza, A arbitrabilidade de Direito público em Portugal: um ponto de situação, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação n°7, 2014, pp. 29-45 e RAMOS, Vasco Moura, Algumas considerações sobre a arbitragem de litígios respeitantes à validade de atos administrativos (à luz do regime resultante do CPTA), Arbitragem e Direito Público, Coord. Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, Lisboa, AAFDL, 2015, pp. 239-288.



obstante, o art. 9º alínea b) da Constituição da República Portuguesa prevê o Estado Português como guardião e defensor dos direitos, liberdades e garantias. Apesar de os tribunais arbitrais desempenharem o exercício da função jurisdicional, parece-nos que o controle da validade de atos que contendam com direitos, liberdades e garantias, não poderão subtrair-se à esfera de jurisdição dos Tribunais Estaduais. De facto,

“as situações que, por contenderem com mais relevantes interesses públicos ou dizerem respeito a interesses indisponíveis dos particulares nas suas relações com a Administração (maxime, direitos, liberdades e garantias), deveriam ser reconhecidas como sendo objeto de uma reserva constitucional da jurisdição do Estado e, como tais, vedadas à arbitragem”.¹⁷

Somos do entendimento que não caberá aos tribunais arbitrais, a apreciação de atos administrativos de natureza agressiva da esfera jurídica do particular, que contendem com Direitos, Liberdades, Garantias e Direitos análogos. Atentemos nos atos punitivos e contraordenacionais. Face à importância dos valores fundamentais subjacentes, o próprio legislador lhes prestou acrescida importância, reconhecendo o estatuto constitucional de direitos procedimentais que lhes digam respeito. A preterição do direito de audiência prévia nestas situações, corresponderá à ofensa do conteúdo essencial de um Direito Fundamental, nos termos do art. 269.º nº 3 da C.R.P. e 161º, alínea d) do CPA.

Também os atos administrativos feridos de vício material de violação de lei, consubstanciado na violação de Direitos, Liberdades, Garantias e direitos análogos, deverão ser subtraídos à competência arbitral, pelas mesmas razões, já enunciadas.

Na mesma esteira, a apreciação da legalidade de atos administrativos nulos, que representem a ofensa ao conteúdo essencial de um Direito Fundamental, deverá constituir também uma reserva absoluta da judicatura Estadual.

Outras situações podem ser elencadas a propósito da questão da fundamentalidade do direito objeto do ato administrativo.

¹⁷ ALMEIDA, Mário Aroso, “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, in Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2012, p. 26.



Face à jus fundamentalidade dos direitos objeto dos litígios os processos que contendem com o contencioso eleitoral, o direito a eleger e a ser eleito, direito de sufrágio, direito de participação política, entre outros, todo o processo desenrolar-se-á escudado no princípio do Estado de Direito Democrático. Nos termos do art. 9º alínea b) da C.R.P., os tribunais Estaduais deverão ser os guardiões da Constituição e dos Direitos Fundamentais, não sendo de se aceitar a derrogação da competência dos tribunais estaduais, nesta matéria.

A mesma argumentação aplica-se aos litígios que tenham como objeto imigração e direito de asilo. A sua fundamentalidade resulta do art. 16º da C.R.P. que admite que “*poderá haver outros direitos que se, assumirem o mesmo significado ético e axiológico dos direitos formalmente plasmados na Constituição, deverão considerar-se também direitos fundamentais constitucionalmente protegidos*”¹⁸

No âmbito do Direito de asilo estão em causa sujeitos com fundado receio de perseguição e ofensa grave de Direitos, Liberdades e Garantias, art. 33º nº 8 da C.R.P. Na hipótese de recusa do Direito de asilo, colocam-se em evidência outros Direitos Fundamentais com aquele conexado, o Direito das crianças à proteção do Estado, Direito à Proteção das vítimas de certos crimes, proibição da discriminação, Direito à liberdade de expressão, Direito à liberdade religiosa e, e última instância o Direito à Vida.¹⁹

A tutela dos Direitos, Liberdades e Garantias, não poderá deixar de pertencer aos Tribunais Estaduais que “*administram a justiça em nome do povo*”, incumbindo-lhes a defesa, em última instância, da liberdade e dignidade dos cidadãos.

A própria Constituição, no seu art. 20º nº5, impõe “*ao legislador ordinário um dever especial de regulação dos procedimentos judiciais quando esteja em causa a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais*”²⁰. Atendendo-se à relevância e preocupação, suscitada pela natureza fundamental de determinados direitos, a Constituição criou um especial dever de regulamentação dos procedimentos judiciais que com aqueles contendam. Entendemos que a lei Fundamental apenas se refere aos procedimentos judiciais que corram

¹⁸ GIL, Ana Rita. Imigração e Direitos Humanos. In: GIL, Ana Rita. Petrony, Lisboa, 2017, pp. 584 e 585.

¹⁹ ANA RITA GIL, *op cit* p. p. 530 e ss.

²⁰ ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina. 2007, p. 369.



os seus trâmites nos tribunais estaduais. No foro arbitral não existe qualquer procedimento específico para defesa de Direitos, Liberdades e Garantias. Tal incumbência não poderá deixar de ser atribuída à esfera estadual, que a concretizará através dos seus Tribunais.

Um outro argumento favorável à necessidade imperiosa de subtração de determinadas matérias fundamentais, da apreciação do foro arbitral, relaciona-se com o princípio da irrecorribilidade das decisões arbitrais, aplicável às arbitragens *ad hoc*.²¹ O art. 39º n°4 da LAV prescreve que as decisões arbitrais só são suscetíveis de recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes expressamente preverem tal possibilidade na convenção de arbitragem, e desde que o litígio não tenha sido decidido com base na equidade ou por composição amigável.²²

Do ponto de vista garantístico a impossibilidade de reapreciação da decisão arbitral poderá comprometer de forma grave a proteção de direitos fundamentais dos cidadãos. Tal, não se afigura razoável. A Carta Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948 consagra o direito de acesso aos tribunais, quando prevê no seu art. 8º que “*toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os Direitos Fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei*”.

A concretização deste princípio passará, necessariamente, pela restrição de atos administrativos que contendam com direitos fundamentais à competência dos tribunais arbitrais.

Concluimos que a previsão normativa do art. 180º al. c) do CPTA afigura-se demasiado ampla. A sua interpretação literal poderia conduzir ao entendimento de que todo

²¹ A LAV está conforme com o disposto no art. 181º n° 1 do CPTA, e é de aplicação subsidiária relativamente a este último, com as necessárias adaptações.

²²Defendemos que não obstante, o princípio da irrecorribilidade das decisões arbitrais administrativas colide a nosso ver diretamente com o princípio de acesso ao Direito, por se verificar uma clara diferença entre o processo arbitral e o processo judicial, no que toca ao acesso ao Direito, mais concretamente no que se refere ao princípio do duplo grau de jurisdição. Referimo-nos à vertente da violação do princípio da igualdade de armas, atentatório de direitos, liberdades e garantias. A aplicação estrita do princípio da irrecorribilidade previsto no art. 39º n° 4 da LAV entra a nosso ver numa rota de colisão com o princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, previsto no art. 4º do CPA. Não nos parece que a regra da irrecorribilidade deva ser aplicada à arbitragem administrativa, por ter a Administração como limite e fim da sua atuação o interesse público, sobre o qual não tem poder de disposição. Sem prejuízo do enunciado, importa ainda referir que o princípio de acesso ao Direito e aos Tribunais, ART. 20º DA C.R.P. plasmado na Constituição, não pode aqui ser preterido, sob pena de inconstitucionalidade.



e qualquer ato administrativo é arbitrável. No entanto, não podemos ignorar que alguns atos administrativos incidem sobre direitos a natureza essencial e fundamental. O Estado não poderá demitir-se da tarefa de tutela daqueles direitos, transferindo totalmente essa competência para a jurisdição arbitral. Não é possível conceber a prossecução do interesse público e a tutela dos direitos fundamentais sem a intervenção do Estado.

Em suma, parece-nos que o art. 180º do CPTA não prevê algumas questões que contendem com relações jurídico administrativas e que devem ficar no âmbito da respetiva arbitrabilidade e outras, por contraposição, que embora se enquadrem no conceito de relação jurídico administrativa, em nosso entender deveriam excluir-se da jurisdição arbitral.

Entendemos, por conseguinte, que uma eventual lei de arbitragem administrativa, na disposição que se refira ao âmbito material de arbitrabilidade deverá conter uma definição positiva e uma definição negativa de jurisdição arbitral, à semelhança do ocorre nos processos judiciais, enquadrando-se na mesma um elenco substancial de material enquadráveis no foro arbitral e excluindo-se da jurisdição outras, que designadamente, contendam com direitos, liberdades e garantias. Não obstante, referimo-nos a um elenco exemplificativo, pelo que se enquadrarão necessariamente no âmbito da justiça arbitral outras matérias respeitantes a relações jurídico administrativas e excluir-se-ão outras não previstas na referida lei. Não obstante, seria imperiosa a consagração do critério da fundamentalidade no contexto da definição negativa.

Neste sentido acompanhamos a proposta de lei de arbitragem administrativa, formulada pelo Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, a qual, identifica algumas matérias arbitráveis, não previstas expressamente no art. 180º do CPTA e relativamente às quais revelar-se-ia vantajosa a respetiva previsão²³:

- De apreciação da validade de normas administrativas. Embora já exista esta possibilidade por exemplo no que contende a intervenção de comissões arbitrais para a resolução de litígios relacionados com a aplicação de regulamentos municipais em matérias urbanísticas (art. 118º do RJUE), tal questão não se revela claramente prevista;

²³ SERRÃO, Tiago, CARVALHO, Ana Celeste, PINTO MONTEIRO, António Pedro, BRITO, David Pratas, COIMBRA, José Duarte, CALDEIRA, Marco, PEDRO, Ricardo, SERRÃO, Tiago, Arbitragem Administrativa: Uma proposta, Coord. Tiago Serrão, Coimbra, Almedina, 2019. PP.41 -47.



- A apreciação da validade de normas relativas à formação de contratos, esta possibilidade já era conferida aos árbitros, designadamente na possibilidade incidental de apreciação da validade de normas contidas nos cadernos de encargos mas tal situação deverá ficar expressamente contemplada.

- A eventual introdução de outras matérias referentes a formas públicas e privadas de proteção social, em consonância com a criação dos juízos sociais nos Tribunais Administrativos.

4. RESERVA DE JURISDIÇÃO RELATIVA A CENTROS DE ARBITRAGEM INSTITUCIONALIZADA

A arbitragem institucionalizada, como o próprio *nomen* indica, pressupõe a existência de uma instituição especializada – de caráter permanente – regida por regulamento próprio aplicável ao processo arbitral. Estas instituições direcionadas para a condução dos processos arbitrais dirimem as questões relativas à constituição e funcionamento do tribunal arbitral, *v.g.* a nomeação dos árbitros e toda a logística do tribunal. As referidas instituições dispõem de meios técnicos e humanos adequados para o desenvolvimento do processo arbitral, procedendo mesmo à citação dos demandados e notificação das decisões arbitrais²⁴.

Esta modalidade de arbitragem desenvolve-se dentro de uma estrutura física especializada com caráter permanente, com uma orgânica específica e regulamentação própria que se aplica ao processo arbitral. Intervém, normalmente, para suprir a falta de acordo das partes na designação dos árbitros, bem como na prestação de apoio logístico ao desenvolvimento do processo, recebendo pelos serviços prestados o pagamento de uma taxa variável, de acordo com o valor da causa²⁵, a efetivar pelas partes.²⁶

²⁴ Sobre esta matéria, ver por todos PACHECO DE AMORIM, João, e SOARES, Bárbara, “*Algumas considerações em torno dos Centros de Arbitragem Voluntária institucionalizada e dos respetivos regulamentos arbitrais*” in FONSECA, Isabel Celeste M. (coord.), *A arbitragem administrativa e tributária: Problemas e desafios*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 91-107.

²⁵ E o grau de complexidade .

²⁶ CORTEZ, Francisco. *A arbitragem voluntária em Portugal. Dos “ricos homens” aos tribunais privado, in o Direito*, 1992, Lisboa: p.367.



A criação de centros de arbitragem para matérias administrativas é pela primeira vez admitida em 2004, com a entrada em vigor do CPTA. Estabelecendo o artigo 187º do referido diploma que “*o Estado pode, nos termos da lei, autorizar a instalação de centros de arbitragem permanentes destinados à composição de litígios no âmbito das seguintes matérias: contratos, responsabilidade civil da Administração, funcionalismo público, sistemas públicos de protecção social e urbanismo*”.

O recurso à arbitragem institucionalizada justifica-se em larga medida porque os centros de arbitragem, sobretudo em matéria administrativa funcionam subordinados a um regulamento disciplinador dos termos do processo arbitral e valores económicos associados ao mesmo, contendo mesmo um regulamento aplicável em sede de estatuto dos árbitros, incluindo os respetivos deveres e garantias de imparcialidade relativamente aos mesmos. Toda a tramitação do processo arbitral é controlado pelo centro de arbitragem, mesmo numa fase prévia à constituição do tribunal arbitral, aquando da celebração da convenção de arbitragem, oferecendo a possibilidade de designação dos árbitros através de uma lista da qual fazem parte juristas com conhecimento especializado e e competências demonstradas em determinadas matérias. Em suma, “*a arbitragem institucionalizada contribui para a estabilidade da arbitragem, acumulação de conhecimento, segurança jurídica*”.²⁷

Os tribunais arbitrais têm a sua existência garantida na Constituição da República Portuguesa e uma vez que, à semelhança dos tribunais judiciais, desempenham a função jurisdicional deverão subordinar-se a todos os princípios que enformam o Estado de Direito Democrático, desde logo principio da separação de poderes, imparcialidade, igualdade, confidencialidade e transparência. Ora, tais princípios são de verificação mais evidente nas arbitragens que decorrem os seus termos sob um centro de arbitragem, desde logo por exemplo pela existência de regulamentos aplicáveis em sede de direitos e deveres dos árbitros, pela existência de representantes de entidades públicas em matéria da justiça em

²⁷ PEDRO, Ricardo, Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: um puzzle em construção, um palimpsesto or something different?, A arbitragem Administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos, coord. Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Lisboa, AAFDL, 2023, P. 32.



alguns órgãos dos centros e nos processos de nomeação dos árbitros.²⁸ A preferência pela arbitragem institucionalizada pode ainda justificar-se em função da eventual criação de uma instância recursal arbitral, da qual falaremos adiante.

Considerando as vantagens enunciadas e para efetivação das mesmas, relativamente ao funcionamento de uma arbitragem junto de um centro de arbitragem institucionalizada, somos da opinião que o legislador numa eventual lei de arbitragem administrativa deverá, pelo menos, reservar a resolução de determinados diferendos, relacionados com determinadas matérias aos centros de arbitragem institucionalizada, à semelhança do que acontece no Direito Tributário com a apreciação da legalidade dos atos de autoridade. Só através desta forma conseguiríamos alcançar as garantias de independência, imparcialidade, igualdade, publicidade e transparência exigíveis numa arbitragem de Direito Público.

Por outro lado, a segurança do público neste mecanismo de resolução de litígios sairia altamente reforçada, face à existência de um regulamento disciplinador do processo de nomeação dos árbitros, da organização e funcionamento institucional do Tribunal e dos direitos e deveres dos árbitros.

Assim, parece-nos que à semelhança do que sucede com a arbitragem tributária, a resolução de questões atinentes a relações jurídico administrativa no contexto arbitral, deveria incumbir a centros de arbitragem institucionalizada.

Sem prejuízo, a não se atribuir todo o contencioso administrativo aos centros de arbitragem institucionalizada, parece-nos que existem matérias que atendendo à respetiva natureza jurídica não podem deixar de se encontrar atribuídas aqueles tribunais máxime, questões relacionadas com o contencioso pré contratual, até pela preferência já demonstrada pelo legislador que estas matérias se encontrem adjudicadas à arbitragem institucionalizada e apreciação da legalidade de atos administrativos.²⁹

²⁸ A este propósito cfr. PEDRO, Ricardo, *Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: um puzzle em construção, um palimpsesto or something different?*, A arbitragem Administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos, coord. Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Lisboa, AAFDL, 2023, P. 35 e 36.

²⁹ Neste sentido, ALMEIDA, Mário Aroso, *Arbitragem de Direito Administrativo: reflexão geral*, A arbitragem Administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos, coord. Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Lisboa, AAFDL, 2023, P. 27..



5. A DIFICULDADE DE ARTICULAÇÃO ENTRE DIVERSOS DIPLOMAS DE ARBITRAGEM EM MATÉRIA CONTRATUAL

Outra das matérias que reclama uma regulação uniforme diz respeito ao contencioso pré contratual.³⁰³¹

No que a esta matéria diz respeito, estabelece o art. 180º nº3 que “*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*” acrescentando que se estiver em causa a formação de algum dos contratos previstos no art. 100º deve ser estabelecido, em consonância, o regime de urgência.

Existe uma dificuldade de compatibilização entre o regime da arbitragem pré - contratual, previsto no Código do Processo dos Tribunais Administrativos, e o estabelecido pelo Código dos Contratos Públicos.

Embora esta incongruência tenha sido atenuada em virtude da alteração do CPTA em 2019, persistem ainda algumas incompatibilidades.

Antes da alteração do CPTA em 2019 verificava-se uma verdadeira desarmonia entre as soluções vigentes nos dois diplomas a propósito da matéria contratual.

A primeira inconsistência normativa referia-se, por um lado à preferência do legislador do Código dos Contratos Públicos pela arbitragem institucionalizada e por outro, à não exclusão da possibilidade de recurso à arbitragem *ad hoc* nesta matéria, no art. 180º nº3 do CPTA.³² A norma do Código dos Contratos Públicos revela um favoritismo do legislador pela arbitragem institucionalizada, havendo mesmo um dever de fundamentação acrescido no caso de se optar pela arbitragem *ad hoc*, nos termos do art. 476º nº3 do CCP

³⁰ A este propósito, CALDEIRA, Marco, SERRÃO, Tiago, *As arbitragens pré contratuais no Direito Administrativo Português: entre a novidade e o risco de inefetividade*, Arbitragem em Direito Público, coord. Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho e Ricardo Pedro, Lisboa, AAFDL, 2015, PP. 289 A 329.

³¹ A este propósito cfr. BRAVO, Bárbara Magalhães, *Brief notes on arbitrability in precontractual litigation*. PoLar: Portuguese Law Review, 2020 pp. 1-18

³² SERRÃO, Tiago, *Considerações sumárias sobre a arbitragem no CCP* revisto, Revista de direito administrativo, Vol. 1, No. 1, Lisboa, Almedina, 2018, pp., 93-97



(CAAD) o que se compreende por um lado, pelas vantagens que se encontram inerentes a esta modalidade de arbitragem, já analisadas anteriormente.

O recurso à arbitragem *ad hoc* no domínio do contencioso pré contratual apenas será admitido nas situações elencadas no nº 3 do art. 476º do CCP, ou seja, quando: a) a complexidade da questão ou o valor do procedimento o aconselhe, b) não existam centros institucionalizados na matéria, c) o procedimento arbitral em centro de arbitragem institucionalizado não se conforme com o regime de urgência do contencioso pré contratual, d) a utilização de arbitragem institucionalizada teria custo mais elevado para entidades adjudicantes. Para além da verificação de uma das condições referidas acresce a obrigação para a entidade adjudicante de efetuar uma avaliação dos custos da opção pela arbitragem *ad hoc*.

Outra manifestação da desarmonia entre os dois diplomas prendia-se com o facto de o art. 180º nº3 do CPTA estabelecer uma preferência pela arbitragem voluntária nesta matéria, enquanto o CCP, no seu art. 476º, previa uma “arbitragem” forçada no sentido de um cerceamento da autonomia da vontade do co contratante, fazendo depender apenas da vontade da entidade adjudicante a submissão do litígio à arbitragem, vontade esta que se impõe inelutavelmente na esfera jurídica do co contratante, tendo este tomado a decisão de contratar. Entende-se que não se trata de uma arbitragem necessária, uma vez que as partes tem sempre na sua esfera de decisão o poder de não submeter-se ao juízo arbitral, através da não decisão de contratar, no entanto, não podemos olvidar que se trata de um amplo cerceamento da autonomia da vontade, caracterizadora do instituto da arbitragem, verifica-se uma “arbitragem forçada”.³³³⁴

Não estamos perante uma arbitragem necessária, pois não se encontra imposta pela lei, no entanto também não podemos que estamos perante uma arbitragem, voluntária, pois apenas assume este estatuto para a entidade adjudicante. O interessado em contratar deverá ser sujeito a todas as condições estabelecidas.

³³ A este propósito, QUADROS, Fausto, *Arbitragem “necessária”, “obrigatória”, “forçada”: breve nótila sobre a interpretação do artigo 182º do CPTA*, in Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, II, (Coimbra: Almedina, 2012), at p.257.

³⁴ Neste sentido SILVEIRA, João Tiago, A arbitragem e o artigo 476º na Revisão do Código dos Contratos Públicos, Revista de Direito Administrativo, nº1, janeiro-abril, 2018, p.61



Não podemos aferir da arbitragem como sendo voluntária ou necessária em função da opção do co-contratante em contratar ou não. Só preenche o âmbito subjetivo de aplicação da norma aqueles que decidirem contratar, e, por conseguinte, participam do procedimento.³⁵

Poder-se-ia considerar que estamos perante uma arbitragem semi-necessária ou forçada, imposta por força da vontade da entidade adjudicante que goza de um direito potestativo de impor a arbitragem administrativa à contraparte.

Por fim, a regra da irrecorribilidade das sentenças arbitrais. Decorria do art. 185º -A do CPTA em articulação com o art. 39º nº4 e 46º nº1 da LAV que as sentenças arbitrais são irrecorribéis, salvo disposição legal em contrário, a regra geral da irrecorribilidade das sentenças arbitrais, invertida no CCP, o qual passou a prever o recurso para O TCA dos litígios em matéria contratual com valor superior a 500 000€.

Com a alteração ao CPTA de 2019, o legislador tentou corrigir algumas incongruências, remetendo para o CCP (art. 180º nº3 do CPTA) a regulação da impugnação de atos relativos à formação dos contratos, previstos no art. 100 do CPTA.

Não obstante subsistem algumas incongruências, senão vejamos, passou-se a prever no CPTA a possibilidade de recurso 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 candidatura, quando esteja em causa uma impugnação de atos relativos à formação de um dos contratos previstos no art. 100º do CPTA. Nos contratos fora deste âmbito apenas caberá recurso nos litígios de valor superior a 500 000€. Trata-se de um tratamento indiferenciado injustificado.

6. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES ARBITRAIS

A matéria da fundamentação das sentenças arbitrais reveste acrescida importância no que se refere às sentenças arbitrais proferidas em matéria administrativa.

³⁵ Nesta esteira, CALDEIRA, Marco, *A arbitragem no Código dos Contratos Públicos*, A arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos, (coord. Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro), Lisboa, AAFDL: 2018, pp. , 277 - 322



Decorre do art. 205º da Constituição da República Portuguesa que “*as decisões judiciais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei*”. Ora, tratando-se a arbitragem do exercício da função jurisdicional, a referida disposição não poderá deixar de aplicar-se ao instituto.

A concretização dos termos da fundamentação, caberá, de acordo com o legislador Constituinte à lei ordinária.

A fundamentação das decisões arbitrais cumpre importantes desideratos, designadamente contribui para uma maior legitimação das decisões judiciais, um autocontrolo dos órgãos judiciais, um reforço da confiança pública nos Tribunais, permitindo-se desta forma para uma maior aceitação e, por conseguinte, cumprimento das decisões por parte da comunidade. A ideia de pacificação social “*é melhor conseguida se os destinatários da decisão a puderem compreender e eventualmente a ela aderir*”.³⁶

A única norma referente a fundamentação, em matéria de arbitragem é o art. 42, nº3 da LAV, a qual não define os parâmetros da fundamentação da sentença arbitral.

O primeiro problema com que nos deparamos a este propósito prende-se com a possibilidade de as partes poderem dispensar por acordo, o que nos parece atentatório do dispositivo constitucional que prevê a necessidade de fundamentação das sentenças. Por outro lado, não esqueçamos que na arbitragem administrativa vigora a regra da irrecorribilidade das sentenças, salvo estipulação em contrário, pelo que as partes poderão, simultaneamente, dispensar a fundamentação da sentença e preverem a possibilidade de recurso, ora sem fundamentação o recurso tornar-se-á inviável.³⁷

Face à ausência de regulamentação, não entendemos, contudo, que os termos da fundamentação devam enquadrar-se totalmente na margem de conformação do juiz árbitro. Podemos sempre referir um conteúdo mínimo imprescindível para cumprimento do dever, aliás já oportunamente fixado em alguns acórdãos do Tribunal Constitucional.³⁸

³⁶ MEDEIROS, Rui, MACIEIRINHA, Tiago, Constituição Portuguesa Anotada, Volume III, Universidade Católica Editora, p. 60.

³⁷ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, O processo deliberativo e a fundamentação da sentença arbitral, o Direito, Ano 143º, IV, 2011, p.

³⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 77/2019, Processo nº 1033/2018.



Da leitura da sentença arbitral deve ser possível perceber os concretos fundamentos de facto e de direito que conduziram à decisão arbitral. É exigível que o interessado conheça o *iter* cognoscitivo percorrido pelo decisor para a tomada daquela decisão concreta, o qual permite que as partes, por acordo, renuncie a esta, situação dúbia do ponto de vista de constitucionalidade, face à exigência prescrita pelo legislador Constituinte.

No domínio jus administrativo a fundamentação das sentenças assume imperiosa importância. Neste domínio deve existir uma total equiparação dos árbitros aos juízes dos tribunais administrativos (arts. 94º do CPTA e 154 e 607 do CPC), devendo os árbitros nos litígios de direito administrativo fundamentar as suas decisões nos mesmos termos em que o fazem os juízes dos tribunais estaduais. A fundamentação deverá enunciar de forma clara e objetiva os fundamentos de facto e de direito que conduziram aquela decisão de forma a se consiga perceber o *iter* percorrido pelo arbitro para chegar à decisão concreta.³⁹

7. CRITÉRIOS DE DESIGNAÇÃO DOS ÁRBITROS E GARANTIAS DE IMPARCIALIDADE

Os critérios para designação dos árbitros nas arbitragens *ad hoc* encontram-se previstos no art. 10º da lei de arbitragem voluntária. Efetivamente num Tribunal Singular a escolha do árbitro caberá às partes na convenção de arbitragem ou posteriormente.

Na situação de tribunal plural, cada uma das partes deverá escolher igual número de árbitros e, posteriormente, estes escolherão um terceiro.

De acordo com o art. 9º da LAV a escolha deverá apenas incidir sobre uma pessoa capaz, independente e imparcial, sendo a norma omissa relativamente aos requisitos quanto à formação, especialização e experiência.

Parece-nos que uma eventual lei de arbitragem administrativa deva prever com maior exigência os requisitos de designação dos árbitros que a LAV (art. 10º), sobretudo no que contende com a formação dos mesmos, bem como relativamente à experiência

³⁹ SERRÃO, Tiago, CARVALHO, Ana Celeste, PINTO MONTEIRO, António Pedro, BRITO, David Pratas, COIMBRA, José Duarte, CALDEIRA, Marco, PEDRO, Ricardo, SERRÃO, Tiago, Arbitragem Administrativa: Uma proposta, Coord. Tiago Serrão, Coimbra, Almedina, 2019. PP.77-79.



profissional, garantindo um elevado grau de especialização dos mesmos, dadas as matérias em questão.

Por outro lado, deverá tentar salvaguardar-se a imparcialidade dos mesmos, aplicando-se não só os impedimentos previstos no art. 69º do CPA, como acautelando-se situações de intervenção de árbitros com uma relação próxima com as partes do litígio por exemplo através da fixação de um período mínimo de tempo dentro qual determinada pessoa não possa intervir como árbitro por designação sucessiva da mesma parte, evitando-se situações de dependência financeira do árbitro relativamente a uma das partes.

Outra das medidas será estabelecer-se o impedimento de determinada pessoa desempenhar funções de árbitro no caso de ter prestado serviços ou colaborado com qualquer das partes.

8. RECURSO

No que contende com matéria recursal, as decisões arbitrais administrativas podem ser impugnadas nos mesmos termos e com os mesmos fundamentos que uma decisão arbitral de Direito Privado também pode ser. O que significa que caso as partes nada tenham dito sobre o recurso na convenção de arbitragem, aquele silêncio é sinónimo de que as partes prescindiram do seu direito de recurso. Em prol da celeridade processual, o silêncio das partes é equiparado à renúncia ao direito ao recurso da decisão arbitral. Não obstante algumas objeções levantadas na doutrina no sentido de questionar se a possibilidade desta renúncia não deveria apenas residir na esfera de poder dos particulares, o princípio da irrenunciabilidade ao direito de recurso é, portanto, aplicável ao processo arbitral de Direito Administrativo (artigo 46.o, n.o 1).

A regra da irrecorribilidade baseia-se na ideia de que as partes, ao recorrerem à arbitragem como meio de resolução alternativa de litígios, e podendo escolher o juiz árbitro, renunciam à justiça dos tribunais estaduais, optando por submeter a uma outra jurisdição – à arbitral – a resolução do litígio.



Neste sentido, o princípio da irrecorribilidade das decisões arbitrais “*afirma-se coerente com esta ideia matricial da jurisdição arbitral como alternativa e paralela à jurisdição estadual*”.⁴⁰

Refere-se ainda que a arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios «*só se compreende na sua inteireza se e quando a possibilidade de “renuncia aos tribunais do Estado” incluir a possibilidade de renuncia aos recursos ou o principio da irrecorribilidade.*»⁴¹

Em último caso, de acordo com o espírito da jurisdição arbitral e em consonância com a enunciada corrente doutrinal, poderá sempre ser equacionada a criação de uma instância de recurso arbitral.⁴²

Sem prejuízo do enunciado, importa ainda referir que o princípio de acesso ao Direito e aos Tribunais, plasmado na Constituição, não pode aqui ser preterido, sob pena de inconstitucionalidade.

O direito de acesso aos tribunais encontra-se previsto no art. 20º da C.R.P., enquanto direito fundamental dos cidadãos. O princípio impõe que “*ninguém pode ser privado de levar a sua causa (...) à apreciação de um tribunal, pelo menos como último recurso*”.⁴³

O referido direito consubstancia-se, sobretudo, no direito de ação dos particulares, de forma a tutelar os respectivos direitos e no direito de aqueles obterem uma decisão equitativa num prazo razoável.

A Carta Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948 também consagra o direito de acesso aos tribunais, quando prevê no seu art. 8º que “*toda a pessoa*

⁴⁰ GONÇALVES, Pedro, in “*Administração pública e arbitragem – em especial, o princípio geral da irrecorribilidade de sentenças arbitrais*” in Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo, ob. cit., p. 794.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Como refere Manuel Pereira Barrocas “*as partes têm a liberdade de acordar a constituição de um segundo tribunal arbitral para conhecer, em via de recurso, da sentença proferida por um primeiro tribunal arbitral que tenha conhecido em primeira instância do litígio*”, preterindo deste modo ao tribunal estadual enquanto instância de recurso, BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 509 e no mesmo sentido COSTA E SILVA, Paula, ROA, 1996, p.203, *apud* BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 509.

⁴³ MOREIRA, Vital, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição da República Portuguesa – Anotada -Volume I* (Artigos 1.º a 107.º), 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 408-409



tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os Direitos Fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Ora, o art. 39º nº4 da LAV colide com o aludido princípio sobretudo no que concerne ao direito de obtenção de um processo equitativo. Esta noção remete-nos imediatamente para a ideia de igualdade de armas:

“com proibição de todas as discriminações ou diferenças de tratamento arbitrárias; (...) o direito de defesa e o direito ao contraditório traduzido fundamentalmente na possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e de direito, oferecer provas, controlar provas da outra parte, pronunciar-se sobre o valor e o resultado destas provas; (...) direito a prazos razoáveis de acção ou de recurso; (...) direito à fundamentação das decisões; (...) direito à decisão em tempo razoável; (...) direito ao conhecimento dos dados processuais; (...) direito à prova; (...) direito a um processo orientado para a justiça material.”⁴⁴

Também é verdade que não nos podemos cingir a este argumento para fundamentar a irrecorribilidade das decisões arbitrais administrativas. Defende-se, quer na doutrina, quer na jurisprudência, que o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva não garante a possibilidade de recurso, isto é, o acesso ao duplo grau de jurisdição, à exceção de matéria penal.⁴⁵ ⁴⁶

Não obstante, o princípio da irrecorribilidade das decisões arbitrais administrativas colide a nosso ver diretamente com o princípio de acesso ao Direito, por se verificar uma clara diferença entre o processo arbitral e o processo judicial, no que toca ao acesso ao Direito, mais concretamente no que se refere ao princípio do duplo grau de jurisdição. Referimo-nos agora à vertente da violação do princípio da igualdade de armas, atentatório de direitos, liberdades e garantias.⁴⁷

⁴⁴ MOREIRA, Vital, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição da República Portuguesa* – Anotada -Volume I (Artigos 1.º a 107.º), 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 415-416.

⁴⁵ A este propósito cfr acórdãos do Tribunal Constitucional 520/2007, processo, 386/07, de 16 de outubro e processo 689/2005, processo 640/05, de 13 de dezembro.

⁴⁶ Neste sentido FONSECA, Isabel Celeste, *A Arbitragem e o Direito de Acesso aos Tribunais: suspeitas de colisão in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*, Coimbra: Almedina, 2012., p. 49.

⁴⁷ Na verdade, “O direito do acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva, previsto no nº 1 do artº 20º da CRP, inscreve-se no catálogo dos direitos, liberdades e garantias e não impõe, tal como sustenta a jurisprudência constitucional (Ac. 31/97 e 595/98) e a doutrina, um duplo grau de jurisdição, exceto em



Pelo que deverá a nosso ver o novo CPTA consagrar expressamente a possibilidade de, pelo menos, um grau de recurso para as decisões arbitrais administrativas, salvo convenção em contrário.

A nosso ver, a aplicação direta e efetiva do princípio do duplo grau de jurisdição não pode ser restringida na jurisdição arbitral administrativa, sendo de se equacionar uma segunda instância arbitral, não se bulindo desta forma com a natureza voluntária do instituto.

Podemos equacionar a conceptualização de uma segunda instância arbitral⁴⁸ no contexto dos vários tipos de arbitragem. Ora se estivermos perante uma arbitragem voluntária *ad hoc*, a não admissibilidade de recurso significará que as partes não previram expressamente essa possibilidade ou que o litígio foi decidido com recurso à equidade. Ora, tendo as partes optado por uma arbitragem *ad hoc*, manifestaram a vontade de o litígio ser dirimido por uma estrutura não institucionalizada que funciona subordinada a regras próprias, definidas pelas partes na convenção de arbitragem, pelo que a constituir-se uma segunda instância arbitral, nesta modalidade de arbitragem, teria que configurar-se necessariamente como uma segunda instância arbitral *ad hoc*, ainda que não superior à instância que proferiu a decisão, não podendo necessariamente designar-se de instância recursal.

Já no que contende com a arbitragem institucionalizada, não se vislumbram dificuldades de constituição de uma segunda instância. É concebível a constituição de uma hierarquia arbitral no contexto de um centro de arbitragem institucionalizada.

Finalmente, no que respeita à arbitragem necessária a questão coloca menores desafios, uma vez que o recurso à arbitragem não deriva da vontade das partes, resultando antes da imposição de um ato legislativo, pelo que nestas situações a concretização do direito de acesso ao direito e aos Tribunais poderá ser equacionado através da criação de uma segunda instância arbitral para o efeito.

matéria penal (nº 1 do artº 32º da CRP) e, eventualmente, em matéria disciplinar e sancionatória, bem como nas situações em que esse meio se tome uma 'garantia imprescindível' de direitos, liberdades e garantias", Acórdão do Tribunal Constitucional nº376/2014, processo nº 414/214

⁴⁸ A este propósito cfr. CADILHA, Carlos Alberto, A implementação de uma segunda instância arbitral, A arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos, (coord. Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro), Lisboa, AAFDL: 2018, pp. 99.



9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face à análise da legislação vigente em matéria de arbitragem administrativa, identificamos uma ampla dispersão do seu regime jurídico.

O quadro legal aplicável revela ampla insuficiência de regulamentação, veiculando à existência de lacunas e incongruências entre os diferentes regimes jurídicos previstos sobre a matéria.

Face às críticas apontadas relativamente a todas as matérias elencadas, impõe-se uma tentativa de superação das mesmas, sugerindo-se a criação de um quadro normativo regulado que auxiliará na credibilização do instituto da arbitragem, em matéria administrativa

Sem prejuízo do que antecede, não se ambiciona que a eventual lei de arbitragem administrativa regule na integra todos os aspetos da arbitragem voluntária mas apenas aqueles aspetos específicos que dada a natureza dos litígios em questão, reclamam um tratamento especial.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Mário Aroso. *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos*. Lisboa: AAFDL, 2023;
- ALMEIDA, Mário Aroso. *Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal*, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2012;
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Tópicos sobre o problema do âmbito subjectivo da arbitragem sobre relações jurídicas multilaterais ou poligonais de Direito Administrativo*, V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Coimbra: Almedina, 2012;
- ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina. 2007;
- BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010;



-
- BORGES, Carla Gonçalves, *Pluralidade de Partes e Intervenção de terceiros na arbitragem*, *Themis*, ano VII, Lisboa, 2006;
- CADILHA, Carlos Alberto, A implementação de uma segunda instância arbitral, A arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos, (coord. Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro), Lisboa, AAFDL: 2018;
- CALDEIRA, Marco, SERRÃO, Tiago, *As arbitragens pré contratuais no Direito Administrativo Português: entre a novidade e o risco de inefetividade*, Arbitragem em Direito Público, coord. Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho e Ricardo Pedro, Lisboa, AAFDL, 2015;
- CALDEIRA, Marco, *A arbitragem no Código dos Contratos Públicos*, A arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos, (coord. Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro), Lisboa, AAFDL: 2018;
- CARVALHO, Jorge Morais, O processo deliberativo e a fundamentação da sentença arbitral, *o Direito*, Ano 143º, IV, 2011;
- CORTEZ, Francisco. *A arbitragem voluntária em Portugal. Dos “ricos homens” aos tribunais privado*, *in o Direito*, 1992;
- GIL, Ana Rita, *Imigração e Direitos Humanos*, Lisboa, Petrony, 2017;
- FONSECA, Isabel Celeste, *A Arbitragem e o Direito de Acesso aos Tribunais: suspeitas de colisão* *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*, Coimbra: Almedina, 2012;
- GONÇALVES, Pedro, *in “Administração pública e arbitragem – em especial, o princípio geral da irrecorribilidade de sentenças arbitrais”* *in Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*;
- HANOTIAU, Bernard, *L’arbitrabilité*, *in recueil des cours, Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer law international, The Hague: 2003;
- MEDEIROS, Rui, MACIEIRINHA, Tiago, *Constituição Portuguesa Anotada, Volume III*, Universidade Católica Editora, 2020;



- MAGALHÃES, Bárbara, Scope and limits of the administrative act arbitrability, *Juridical Tribune*, Volume 9, Issue I, 2019, pp.14-16. Disponível em <https://www.tribunajuridica.eu/arhiva/An9v1/1.%20Bravo,%20Moreira.pdf>. Acesso em 15 ago.2020.
- MAGALHÃES, Bárbara,. *Brief notes on arbitrability in precontractual litigation*. *PoLar: Portuguese Law Review*, 2020;
- MOREIRA, Vital, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição da República Portuguesa – Anotada -Volume I (Artigos 1.º a 107.º)*, 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007;
- OPPETTIT, Bruno, *Théorie de L'Arbitrage, Présentation Générale*, RA, nº3, 1998;
- OTERO, Paulo, *Os Contra Interessados em Contencioso Administrativo: fundamento, função e determinação do universo em recurso contencioso de acto final de procedimento concursal*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;
- PACHECO DE AMORIM, João, e SOARES, Bárbara, “*Algumas considerações em torno dos Centros de Arbitragem Voluntária institucionalizada e dos respetivos regulamentos arbitrais*” in FONSECA, Isabel Celeste M. (coord.), *A arbitragem administrativa e tributária: Problemas e desafios*, Coimbra: Almedina, 2013;
- PATRIKIOS, Apostolos, *L'arbitrage en matière administrative*, L.G.D.J., Paris: 1997;
- PEDRO, Ricardo, *Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: um puzzle em construção, um palimpsesto or something different?, A arbitragem Administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos*, coord. Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Lisboa, AAFDL, 2023;
- QUADROS, Fausto, *Arbitragem “necessária”, “obrigatória”, “forçada”*: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182º do CPTA, in Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, II, Coimbra: Almedina, 2012;
- RAMOS, Vasco Moura, *Algumas considerações sobre a arbitragem de litígios respeitantes à validade de atos administrativos (à luz do regime resultante do CPTA)*, *Arbitragem e Direito Público*, Coord. Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, Lisboa, AAFDL, 2015;



-
- SERRÃO, Tiago *et al*, Arbitragem Administrativa: Uma proposta, Coord. Tiago Serrão, Almedina, 2019;
- SERRÃO, Tiago, *Considerações sumárias sobre a arbitragem no CCP revisito*, Revista de direito administrativo, Vol. 1, No. 1, Lisboa, Almedina, 2018;
- SILVA Manuel Botelho da, *Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias*, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, 2002;
- SILVEIRA, João Tiago, *A arbitragem e o artigo 476º na Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Revista de Direito Administrativo, nº1, janeiro-abril, 2018;
- TELES, Miguel Galvão, *Addition of Parties: a vacuum left by the Model Law in need of internationally approved Rules*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação – Associação Portuguesa de arbitragem*, ano 2010;
- VIEIRA, Pedro Siza, *A arbitrabilidade de Direito público em Portugal: um ponto de situação*, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação nº7, 2014.