

Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles

Volume II

Comissão organizadora:

Jorge Miranda

J. J. Gomes Canotilho

José de Sousa e Brito

Miguel Nogueira de Brito

Margarida Lima Rego

Pedro Múrias




ALMEDINA

Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA*

1. Enquadramento

1. É desde há muito pacífico, no ordenamento jurídico português, o entendimento de que as entidades públicas se podem comprometer em árbitros relativamente a litígios de Direito Administrativo correspondentes ao contencioso de plena jurisdição, respeitante à interpretação, validade ou execução de contratos administrativos e à constituição em responsabilidade civil por danos causados pela Administração no âmbito da sua atividade de gestão pública¹.

Pode, assim, dizer-se que não vigora em Portugal uma reserva de jurisdição estadual no que concerne aos litígios que envolvam a Administração Pública². E neste sentido deve ser interpretado o artigo 212º, nº 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP), quando determina que “[c]ompete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”.

Com efeito, o artigo 209º da CRP, ao enunciar as “categorias de tribunais” que são admitidas na ordem jurídica portuguesa, refere-se, no seu nº 2, aos tribunais arbitrais. Como já foi assinalado na doutrina, e ao contrário do que sucede noutros países³, a Constituição portuguesa não se limita, desta forma, a assumir

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 10ª ed. (reimpressão), Coimbra, 1986, pp. 1285-1286; SÉRVULO CORREIA, “A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos”, in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1994, pp. 233 segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA, “As indemnizações por nacionalização e as comissões arbitrais em Portugal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1989, p. 392.

² Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Administrativo*, vol. IV, 2ª ed., Coimbra, 1998, pp. 236-237.

³ Para o caso espanhol, cfr., por todos, JOSÉ MARÍA AYALA MUÑOZ *et alii*, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, 2ª ed., Navarra, 2002, p. 742. Quanto ao

a admissibilidade do recurso à arbitragem como uma forma normal de resolver conflitos jurídicos, mas vai mais longe, consagrando, de modo inequívoco, a natureza jurisdicional dos tribunais arbitrais, da atividade que eles são chamados a desempenhar e, portanto, das decisões que por eles são proferidas⁴.

Ora, como é evidente e tal como sucede, desde logo, com o artigo 211º da CRP, que define o âmbito da jurisdição dos tribunais judiciais, também o artigo 212º, nº 3, não pode deixar de ser lido de harmonia com o artigo 209º, nº 2, para o efeito de se reconhecer que ele só confere poderes de jurisdição aos tribunais (administrativos e fiscais) do Estado *sob reserva da existência de tribunais arbitrais* e, portanto, da possibilidade da sua intervenção, com a extensão que ao legislador cumpre delimitar no exercício da sua natural liberdade de conformação⁵.

Do ponto de vista constitucional, não se vê, na verdade, por que motivo há de, para este efeito, entender-se que essa liberdade de conformação resulta do artigo 212º, nº 3, da CRP com uma extensão mais limitada do que aquela que, no que concerne à resolução de litígios de natureza privada, resulta do artigo 211º, nº 1. Para efeitos do disposto no artigo 212º, nº 3, da CRP, afigura-se, por isso, fundada a tese de que tribunais administrativos, em Portugal, não são apenas os tribunais permanentes do Estado, como tais previstos na lei, mas são também os tribunais (administrativos) arbitrais que venham a ser constituídos para dirimir litígios jurídico-administrativos⁶.

2. O Estado e as demais 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.

O primeiro aspeto que, a este propósito, deve ser assinalado é o de que dele resulta claramente a *arbitrabilidade*⁷, por aplicação direta do regime da LAV, dos

direito alemão, cfr., por todos, ROLF STOBER, “Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit”, *NJW* 1979, p. 2001. Note-se, em todo o caso, que a longa controvérsia sobre a natureza (contratual ou jurisdicional) da arbitragem se tende a saldar, no direito comparado, pelo reconhecimento de que, embora assente numa convenção, a arbitragem envolve a condução de um processo e a emissão de uma decisão em substituição das decisões dos tribunais estaduais, que, para muitos efeitos, é equiparada às decisões dos tribunais de primeira instância: cfr., por todos, APOSTOLOS PATRIKIOS, *L'arbitrage en matière administrative*, Paris, 1997, p. 244; JUAN ROSA MORENO, *El arbitraje administrativo*, Madrid, 1998, pp. 61-62.

⁴ Cfr. JORGE MIRANDA, *op. loc. cit.*; SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 231.

⁵ Repare-se que já ARTUR MAURÍCIO/DIMAS DE LACERDA/SIMÕES REDINHA fundavam no artigo 209º, nº 2, da CRP (à época, artigo 212º, nº 2) a legitimidade constitucional da solução consagrada no artigo 2º, nº 2, do ETAF de 1984: cfr. *Contencioso administrativo*, 2ª ed., Lisboa, 1988, p. 19.

⁶ Neste sentido, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 11ª ed., Coimbra, 2011, pp. 76-77.

⁷ Embora seja de utilização corrente na doutrina e, por isso, também o utilizemos no presente texto, não podemos deixar de explicar ao leitor menos advertido de que o *heterodoxo* termo “arbi-

litígios em matérias ditas *de gestão privada* dos entes públicos, relativas a relações de direito privado, no âmbito das quais essas entidades figuram como se fossem sujeitos privados. Trata-se de matérias que não pertencem à jurisdição dos tribunais administrativos, mas dos tribunais judiciais. São, por isso, aplicáveis, nesse domínio, as regras de natureza processual que também se aplicam aos privados – incluindo as que, por força da Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), disciplinam a arbitragem, permitindo-a nos mais amplos termos⁸.

Já no que diz respeito aos litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, não existe na ordem jurídica portuguesa uma norma de permissão geral da arbitragem em matéria administrativa, dependendo a concretização de convenções arbitrais da existência de lei especial que permita a sua celebração⁹.

Daqui resulta que a admissibilidade da arbitragem em matéria administrativa não resulta da consagração legal, com carácter geral, de um critério único de arbitrabilidade, que resulte da LAV. Pelo contrário, é ao legislador que compete eleger o critério ou os critérios que o hão de orientar na identificação dos casos concretos ou dos domínios genéricos em que entenda dever autorizar a submissão da resolução de litígios de direito público à decisão de árbitros.

Sem prejuízo da natureza unitária do instituto da arbitragem voluntária para a resolução de litígios e da aplicabilidade subsidiária da LAV também à arbitragem de Direito Administrativo, não pode deixar, assim, de reconhecer-se que, no que toca à questão da determinação do critério ou critérios que presidem à determinação das matérias que podem ser objeto de arbitragem, existe uma clara separação entre a arbitragem sobre questões de Direito Administrativo e a arbitragem sobre questões de direito privado, da qual resulta que a questão de saber se, quando e com que extensão existe a possibilidade de arbitragem sobre litígios que não digam respeito a relações de direito privado não é respondida pela LAV: no ordenamento jurídico português, é ao Direito Administrativo que, em diploma ou diplomas próprios, cumpre definir um regime próprio no que toca aos critérios de arbitrabilidade a adotar no âmbito das relações jurídicas administrativas. Como é natural, a LAV não se pronuncia sobre essa questão, cuja sede própria reside nas disposições de Direito Administrativo¹⁰.

trabilidade” tem por objeto exprimir a qualidade dos litígios que podem ser submetidos a arbitragem, em termos de sobre eles poderem ser validamente celebradas convenções de arbitragem, ser constituídos tribunais arbitrais e esses tribunais proferirem decisões: sobre o ponto, cfr. RAUL VENTURA, “Convenção de arbitragem”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1986, p. 317.

⁸ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 239.

⁹ Cfr., por todos, JOÃO MARTINS CLARO, “A arbitragem no anteprojeto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, *Cadernos de Justiça Administrativa* nº 22, p. 85.

¹⁰ Discordamos, pois, da abordagem metodológica que, partindo – a nosso ver, de modo injustificado – do pressuposto contrário, é adotada por ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de*

3. Até 2004, a referida determinação estava formalmente contida no artigo 2º, nº 2, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) de 1984, nos termos do qual eram 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”.

Presentemente, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2004, regula a matéria da arbitragem no Título IX, a que correspondem os artigos 180º a 187º¹¹. No que se refere à delimitação do âmbito das matérias que podem ser submetidas a arbitragem, enuncia, no artigo 180º, um elenco de matérias para cujo julgamento, “sem prejuízo do disposto em lei especial”, pode ser constituído tribunal arbitral; e o artigo 187º habilita o Estado a autorizar a instalação de centros de arbitragem permanente destinados à composição de litígios no âmbito de um conjunto mais alargado de matérias.

Tal como sucedia com o precedente artigo 2º, nº 2, do ETAF de 1984, e sempre sem prejuízo da existência de legislação avulsa, continuou, assim, a existir, com o artigo 180º do CPTA, lei especial a permitir, em amplos termos, o recurso à arbitragem em matérias de Direito Administrativo.

Também a exemplo do que, como vimos, já sucedia com o artigo 2º, nº 2, do ETAF de 1984, o artigo 180º do CPTA continua, entretanto, a permitir o recurso à arbitragem para a apreciação, tanto de questões de responsabilidade civil extracontratual da Administração, incluindo a efetivação do direito de regresso, como de questões respeitantes a contratos (artigo 180º, nº 1, alíneas a) e b))¹².

litígios com entes públicos, Coimbra, 2007, e “Da arbitragem administrativa à arbitragem fiscal: notas sobre a introdução da arbitragem em matéria tributária”, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal – Arbitragem*, Coimbra, 2010, pp. 131 segs., parecendo-nos, na verdade, inútil e inglório o esforço desenvolvido pela Autora para tentar reconduzir as diferentes previsões do artigo 180º do CPTA ao critério da disponibilidade das situações jurídicas que se encontrava consagrado no artigo 1º, nº 1, da LAV de 1986. Como, na verdade, resulta do texto, não vemos, ao contrário da Autora, que da natureza unitária do instituto da arbitragem voluntária para a resolução de litígios e da aplicabilidade supletiva da LAV também à arbitragem sobre litígios de Direito Administrativo (ainda que com as devidas adaptações) decorram quaisquer consequências no que toca à definição dos critérios que presidem à determinação das matérias que podem ser objeto de arbitragem – e isto, desde logo, porque a própria LAV tem o cuidado de o deixar claro, ao precisar que a arbitrabilidade sobre questões de direito público depende de critérios a estabelecer pela legislação própria.

¹¹ Em geral sobre o regime do CPTA e seu enquadramento, cfr., por todos, SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, vol. I, Lisboa, 2005, pp. 675 segs.

¹² Dando acolhimento a proposta nesse sentido formulada durante a discussão pública sobre a reforma do contencioso administrativo por JOÃO MARTINS CLARO, *op. cit.*, p. 86, o artigo 185º afasta, contudo, a possibilidade da existência de compromisso arbitral sobre questões de “responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos praticados no exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional”.

O artigo 180º do CPTA foi, no entanto, mais longe na delimitação do âmbito das matérias em que pode haver recurso à arbitragem para a resolução de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas, ao admitir que os tribunais arbitrais constituídos para o julgamento de questões respeitantes a contratos possam proceder à “apreciação de atos administrativos relativos à respetiva execução” (artigo 180º, nº 1, alínea a)), e, por outro lado, ao admitir também a constituição de tribunais arbitrais para dirimir “questões relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva” (artigo 180º, nº 1, alínea c)) e “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” (artigo 180º, nº 1, alínea d)), aditada pela Lei nº 59/2008, de 11 de setembro).

A isto acresce a previsão do artigo 187º, que habilita o Estado a autorizar a instalação de centros de arbitragem permanente destinados à composição de litígios em matéria, não só de contratos e de responsabilidade civil da Administração, mas também de relações jurídicas de emprego público, sistemas públicos de proteção social e urbanismo.

Este conjunto de previsões suscita algumas dificuldades que importa analisar e não pode deixar de justificar alguma reflexão quanto ao sentido da evolução a que deu corpo. Este será o objeto do ponto subsequente da exposição.

2. Sentido e alcance das previsões do artigo 180º, nº 1, alíneas a) e d)

4. Não parece haver qualquer dúvida de que a previsão introduzida pelo artigo 180º, nº 1, alínea a), do CPTA permite que um tribunal arbitral constituído para dirimir litígios emergentes da execução de um contrato administrativo aprecie a validade e, quando seja caso disso, anule ou declare a nulidade dos eventuais atos administrativos praticados pelo contraente público no âmbito da execução do contrato, no exercício dos poderes que, de modo inequívoco, o Código dos Contratos Públicos, nos artigos 302º, 307º, nº 2, e 309º, hoje confere aos contraentes públicos na economia das relações contratuais administrativas.

A solução justifica-se pela vantagem de permitir que, num mesmo processo, seja apreciada a globalidade da relação jurídica controvertida, nos diferentes planos e dimensões em que ela se desdobra. Recorde-se que, com idêntico propósito, o CPTA admite, em termos gerais, que num mesmo processo possa ser cumulada a impugnação de atos administrativos relativos à execução de contratos com outros pedidos relacionados com esses contratos e designadamente pedidos relativos à sua execução (cfr. artigo 47º, nº 2, alínea d)).

Trata-se de uma solução inovadora, já que, à face do quadro normativo precedente, se excluía que a arbitrabilidade em matéria de contratos administrativos se pudesse estender à fiscalização dos eventuais atos destacáveis relativos à

execução desses contratos, em conformidade com o tradicional entendimento segundo o qual os tribunais arbitrais não podiam pronunciar-se, a título principal, sobre questões de validade de atos administrativos¹³. Pode, assim, dizer-se que este entendimento tradicional começou a ser abandonado, no ordenamento jurídico português, com a previsão da alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA.

5. No mesmo exato sentido deve ser, por outro lado, interpretada a previsão do artigo 180.º, n.º 1, alínea d), do CPTA, entretanto introduzida pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, que, sem estabelecer quaisquer outras restrições ou condicionamentos, veio admitir a submissão a arbitragem dos “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”.

Também esta é, na verdade, uma solução inovadora, igualmente orientada no sentido da superação do tradicional entendimento segundo o qual os tribunais arbitrais não podiam pronunciar-se, a título principal, sobre questões de validade de atos administrativos. E a mesma orientação veio, entretanto, a ser mais recentemente confirmada, no domínio do Direito Fiscal, pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, que veio possibilitar o recurso à arbitragem sem qualquer limitação de matérias relativas a atos de liquidação tributária, vinculando os tribunais arbitrais à aplicação de estritos critérios de legalidade.

Como de seguida se verá, este contexto normativo reveste-se, para nós, da maior importância, pelo que não deve ser ignorado quando, no ponto seguinte, se tratará de enfrentar as dificuldades de interpretação que suscita a previsão da alínea c) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA.

3. Problema da interpretação do artigo 180.º, n.º 1, alínea c)

3.1. Tese da arbitragem sobre questões de mérito: apreciação crítica

6. A previsão do artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA suscita maiores dificuldades de interpretação.

¹³ Na verdade, o domínio do exercício de poderes de definição jurídica unilateral da Administração era tradicionalmente subtraído à arbitragem, entendendo-se que a fiscalização da legalidade dos atos de autoridade da Administração era uma prerrogativa reservada aos tribunais estaduais, a quem deveria pertencer, em regime de monopólio, o poder de proceder à anulação dos atos administrativos ilegais. Por conseguinte, mesma a doutrina mais aberta, embora admitisse que a invalidade destes atos pudesse ser incidentalmente verificada, para efeitos indemnizatórios, pelo tribunal arbitral, excluía que este tribunal a pudesse reconhecer e declarar, a título principal: cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 1.ª ed., Coimbra, 2001, pp. 656-657; SÉRVULO CORREIA, “A arbitragem...”, p. 233; JOÃO CAUPERS, “A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares”, *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 18, pp. 5-6.

Com efeito, tem sido defendida na doutrina a tese de que o seu sentido é o de admitir a possibilidade da submissão a arbitragem da questão da revogação, por razões de conveniência ou oportunidade, de atos administrativos válidos. A previsão em análise teria, assim, segundo esta perspetiva, o alcance de introduzir na ordem jurídica portuguesa a possibilidade de uma *arbitragem de mérito*, que teria por objeto a apreciação da conveniência ou oportunidade de atos administrativos¹⁴.

Pela nossa parte, não podemos, contudo, subscrever esta tese, por não nos parecer aceitável o pressuposto em que ela se baseia.

Com efeito, a referida tese é, a nosso ver, expressão de uma certa tendência, que na doutrina nacional e comparada se tem afirmado, para reconduzir as situações de arbitrabilidade de Direito Administrativo a um vago critério de *disponibilidade* das situações jurídicas por parte da Administração. Nessa perspetiva, seriam, assim, passíveis de ser submetidas à apreciação de árbitros as questões de Direito Administrativo que, por não dizerem respeito ao exercício de poderes públicos, não teriam de ser dirimidas por estrita aplicação de disposições vinculativas, e, no próprio âmbito do exercício de poderes públicos, aquelas em que não houvesse vinculação legal, por a Administração beneficiar de mais ou menos amplas margens de discricionariedade: essas seriam, pois, as questões cuja resolução se encontraria na *disponibilidade* da Administração¹⁵.

De acordo com este entendimento, nesta perspetiva poderia ser, desde logo, explicado o tradicional reconhecimento da admissibilidade do recurso à arbitragem para a resolução de litígios emergentes de relações contratuais e no domínio da responsabilidade civil extracontratual da Administração: tratar-se-ia de domínios que, por não terem por objeto a fiscalização da conformidade do exercício dos poderes administrativos de autoridade com o princípio da legalidade, poderiam ser vagamente entendidos como de *disponibilidade* das situações jurídicas em causa por parte da Administração.

E na mesma perspetiva deveria ser, por isso, interpretada, nos termos expostos, a previsão do artigo 180.º, n.º 1, alínea c), do CPTA: na verdade, também aí

¹⁴ Neste sentido, cfr. JOÃO CAUPERS, “A arbitragem na nova justiça administrativa”, *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 34, p. 67; JOÃO MARTINS CLARO, in *Quarta Conferência – Meios alternativos de resolução de litígios*, ed. DGAE, Lisboa, 2005, pp. 42-44; PAULO OTERO, “Admissibilidade e limites da arbitragem voluntária nos contratos públicos e nos atos administrativos”, in *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*, Coimbra, 2009, pp. 88-89.

¹⁵ Nesta linha, e para nos circunscrevermos à doutrina pátria, cfr., por exemplo, SÉRVULO CORREIA, “A arbitragem...”, p. 235, nota 10; JOÃO CAUPERS, “A arbitragem nos litígios...”, pp. 8-9; ALEXANDRA LEITÃO, *A proteção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública*, Coimbra, 2002, p. 401; PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, Coimbra, 1999, p. 368, nota 637.

estaria em causa a apreciação de questões que, por azerem respeito a atos administrativos discricionários – que, por poderem ser revogados por razões de mérito, são atos cujo destino se encontra na disponibilidade da Administração – e, ao mesmo tempo, não terem por objeto a fiscalização da conformidade desses atos com o princípio da legalidade, mas apenas a determinação, segundo critérios de mérito, dos termos do exercício do próprio poder discricionário, ainda poderiam ser vagamente entendidos como de *disponibilidade* das situações jurídicas em causa por parte da Administração¹⁶.

Subjacentes à tese em análise, estão, portanto, dois pressupostos: (i) o de que a arbitrabilidade de Direito Administrativo depende de um critério de disponibilidade; (ii) e o de que, com exclusão das questões atinentes à respetiva validade, os atos administrativos discricionários se encontram na disponibilidade da Administração, pelo que lhe é legítimo dispor em favor de árbitros do poder discricionário de determinar o respetivo destino – mas já não do poder de proceder à fiscalização da respetiva legalidade, que, por não ser um poder discricionário, mas vinculado, já não seria disponível em favor de árbitros¹⁷.

Ora, não podemos concordar com estes pressupostos, que, a nosso ver, assentam num duplo equívoco: por um lado, na equivocada convicção de que a arbitrabilidade de Direito Administrativo assenta num critério de disponibilidade; por outro lado, no equivocado entendimento de que os atos administrativos que, nos termos da lei, podem ser revogados sem fundamento em invalidade seriam *atos*

¹⁶ A orientação referida no texto tem contestado o entendimento tradicional segundo o qual o domínio dos litígios relacionados com atos administrativos seria, por natureza, um domínio de indisponibilidade, que, por definição, estaria vedado à arbitragem com o argumento de que do facto de uma situação jurídica ser definida por ato administrativo não resulta necessariamente que essa situação jurídica não se encontre na disponibilidade da Administração, uma vez que isso depende da natureza vinculada ou discricionária do concreto poder exercido. E, nesta perspetiva, sustenta que deve ser admitida a arbitragem relativamente a litígios relacionados com atos que envolvam o exercício de poderes discricionários, uma vez que a determinação do conteúdo desses atos se encontra, em maior ou menor medida, na disponibilidade da Administração. No direito comparado, a ideia é assumida, por exemplo, por MARTIN PARTINGTON, in *Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées: conciliation, médiation et arbitrage – actes: conférence multilatérale – Lisbonne (Portugal), 31 mai-2 juin 1999*, Conselho da Europa, Estrasburgo, 2000, p. 73; ALBERTO ZITO, “La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la Legge n. 205 del 2000: problemi e prospettive”, *Diritto amministrativo* 2001, pp. 352-353 e 355. No direito espanhol, cfr., por exemplo, JUAN MANUEL TRAYTER, “El arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública* nº 143, p. 95; ROSA MORENO, *op. cit.*, pp. 102 e 109-111.

¹⁷ No sentido de que a arbitragem é um instrumento apto à resolução de litígios relativos a atos administrativos em domínios em que a Administração não esteja vinculada e, portanto, em que o objeto do litígio, por envolver momentos discricionários, se encontre, em maior ou menor medida, na disponibilidade das partes nele envolvidas, cfr., por exemplo, DOMENICHELLI, “Giurisdizione amministrativa e arbitro: riflessioni e interrogativi”, *Diritto processuale amministrativo* 1996, pp. 240 segs.

disponíveis, na medida em que, como a lei não exige a demonstração da sua invalidade para que a Administração os possa retirar da ordem jurídica, se encontraria na livre disponibilidade desta determinar o destino de tais atos, designadamente para o efeito de confiar a determinação desse destino à decisão de árbitros – sendo que este segundo equívoco resulta de uma perspetiva que, a nosso ver, também é, por sua vez, equivocada quanto à natureza da arbitragem e das relações entre partes e árbitros que lhe estão na génese.

Vejamos, pois, no que respeita a cada um dos planos que acabam de ser enunciados.

7. Em primeiro lugar, não podemos deixar de manifestar profundas reservas em relação aos termos em que, a propósito do universo das situações jurídicas em que é admitida a arbitrabilidade de Direito Administrativo, a doutrina tem vindo a fazer apelo à ideia de *disponibilidade*, para o efeito de estabelecer um paralelismo entre a posição em que se encontra a Administração nesses tipos de situações e aquela em que se encontram os particulares em relação aos seus direitos disponíveis.

Com efeito, parece entender-se, nesse contexto, que, assim como os particulares podem submeter à decisão de árbitros a resolução de litígios respeitantes aos seus direitos disponíveis – ou seja, aos direitos de que eles podem livremente dispor, sem estarem condicionados pela aplicação de quaisquer normas jurídicas –, também a Administração poderia submeter à decisão de árbitros a resolução de litígios respeitantes a situações jurídicas que se encontrem na sua disponibilidade – ou seja, a situações jurídicas de que ela pode livremente dispor, sem estar condicionada pela aplicação de normas jurídicas que a vinculem. E nessa perspetiva se explicaria a admissibilidade da arbitragem de Direito Administrativo sobre contratos e responsabilidade civil extracontratual, assim como sobre o exercício de poderes discricionários.

Ora, a nosso ver, este entendimento não é aceitável, por ser, em nossa opinião, infundado o paralelismo em que se pretende alicerçar. Deve ser, por isso, refutado em relação a cada um dos domínios por referência aos quais tem sido sustentado.

8. Em nossa opinião, o ponto evidencia-se, desde logo, nos domínios da arbitragem de Direito Administrativo em matéria de contratos e de responsabilidade civil extracontratual. Com efeito, não é, a nosso ver, verdade que esses sejam domínios de disponibilidade da Administração, em que esta goze, por definição, de uma autonomia em tudo semelhante à dos privados. Na realidade, nem em matéria de contratos administrativos, nem de responsabilidade civil extracontratual, se pode afirmar que as entidades públicas se encontram colocadas em posição semelhante à dos privados.

Com efeito, a funcionalização das entidades públicas à prossecução do interesse público e a sua vinculação à lei ou aos termos dos contratos que tenham celebrado impedem 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 dispõem de direitos que a lei não qualifique como indisponíveis.

Por este motivo, não pode reconhecer-se ao Estado um livre arbítrio quanto, por exemplo, à possibilidade de assumir a responsabilidade pela reparação de danos resultantes de condutas que lhe queiram imputar, mas que não lhe sejam imputáveis; ou à possibilidade de prescindir de obter o cumprimento de prestações a cuja execução tenha direito no âmbito de relações contratuais em que seja parte. É, aliás, precisamente por isso que, em muitos países, não é, por regra, admitida a possibilidade de arbitragem, nem sequer em matéria de contratos administrativos ou de responsabilidade da Administração – ou, neste último domínio, a arbitragem apenas é admitida para o efeito de se proceder à quantificação da indemnização devida, uma vez previamente esclarecida a questão da existência, em si mesma, da obrigação de indemnizar.

O que, entre nós, historicamente sucedeu, foi apenas que se entendeu que, na apreciação das questões que se suscitam nos domínios de atuação administrativa que não envolvem o exercício de poderes de autoridade, a função do juiz administrativo não é essencialmente diferente daquela que corresponde aos juizes dos tribunais judiciais, pelo que não haveria inconveniente em confiar a apreciação dessas questões à arbitragem, a exemplo do que sucede no âmbito dos litígios que são submetidos à jurisdição daqueles tribunais¹⁸.

9. Mais detidas considerações se justificam, entretanto, quando se desloca a análise para o plano do exercício de poderes de autoridade da Administração.

Com efeito, a tese segundo a qual seria de admitir a possibilidade de arbitragem quanto aos termos em que se processa o exercício dos poderes discricionários da Administração porque, nessa sede, se estaria num domínio de disponibilidade da Administração, de que ela poderia livremente dispor sem estar condicionada pela aplicação de normas jurídicas, assenta, a nosso ver, num duplo equívoco, na medida em que, por um lado, confunde discricionariedade administrativa com autonomia privada, e, por outro lado, confunde o pretense pressuposto da arbitragem de que parte – que seria, como vimos, a disponibilidade da matéria – com o objeto da arbitragem – que, desse modo, seria reconduzido ao próprio poder de disposição da parte sobre a matéria.

¹⁸ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 10ª ed. (reimp.), Coimbra, 1986, pp. 1285-1286; SÉRVULO CORREIA, “A arbitragem voluntária...”, pp. 233 segs.

O primeiro equívoco consubstancia-se na confusão entre discricionariedade administrativa e autonomia privada, que radica no clássico entendimento da discricionariedade como um domínio de indiferença jurídica, em que todas as soluções seriam boas, pelo que a escolha entre qualquer delas seria indiferente para o Direito. A verdade, porém, é que, como todos hoje sabemos, o poder discricionário não corresponde a um livre arbítrio, na medida em que a determinação dos termos do seu exercício não é indiferente para o ordenamento jurídico, que pretende que a Administração encontre a melhor solução, no respeito pelo fim legalmente imposto e pelos princípios jurídicos aplicáveis: não é, portanto, exato que a determinação dos termos do exercício dos poderes discricionários se encontre na livre disponibilidade da Administração.

O segundo equívoco resulta, por sua vez, do estranho entendimento segundo o qual, quando as partes confiam a árbitros a resolução de litígios respeitantes a situações jurídicas que se encontrem na disponibilidade destas, elas estariam a delegar nos árbitros o seu poder de disposição dessas situações jurídicas, para o efeito de os incumbir de exercer esse poder de disposição em seu lugar. Ora, não é o caso: quando a lei adota o critério da disponibilidade dos direitos, o que ela faz é exigir essa disponibilidade como *pressuposto* para que possa haver arbitragem sobre as situações jurídicas em causa. Mas, uma vez admitida a arbitragem, a tarefa dos árbitros não é a de disporem a seu bel-prazer das situações jurídicas das partes, em substituição destas, mas a de dirimirem o litígio, aplicando o Direito, e, quando tal seja admitido, a equidade.

10. A nosso ver, este último ponto carece de mais circunstanciada elucidação.

Com efeito, na origem do equívoco a que por último nos referimos, parece estar a tendência, muito divulgada no direito comparado¹⁹, para se delimitar o campo de intervenção da arbitragem por referência ao instituto da transação, segundo o entendimento de que só é de admitir a arbitragem onde o compromisso sobre a relação material em causa não esteja subtraído à vontade das partes; e de que onde a relação material possa ser objeto de atos de disposição direta das partes, então o seu destino também pode ser traçado por árbitros.

A nosso ver, convém ter, no entanto, presentes, a este propósito, as diferenças que separam a arbitragem das figuras da transação, da conciliação e da mediação, para o efeito de extrair dessas diferenças algumas consequências para o objeto da presente análise²⁰. Talvez seja, por isso, conveniente começar por recordar, muito sumariamente, essas diferenças²¹.

¹⁹ Cfr., por exemplo, ROSA MORENO, *op. cit.*, pp. 31, 57 e 103; ALEJANDRO HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Bolonha, 2000, p. 178 e nota 336.

²⁰ Na mesma linha, cfr. PATRIKIOS, p. 233 e nota 5.

²¹ Especificamente a propósito da arbitragem de Direito Administrativo, cfr., por todos, DELVOLVÉ, in *Les solutions alternatives aux litiges...cit.*, pp. 14-16 e 31-32; SABINO CASSESE,

É indiscutível que as figuras referidas são instrumentos de composição voluntária de conflitos, cujo funcionamento passa por um encontro de vontades e, portanto, por um acordo entre as partes envolvidas. Representam, na verdade, meios de alcançar a composição de litígios sem a emissão de uma sentença por um tribunal estadual.

A transação traduz-se, porém, na própria autocomposição do litígio, sem intervenção de terceiro: são as partes que chegam diretamente a um acordo entre si sobre os moldes em que hão de pôr termo ao litígio, sem que haja, por isso, lugar a uma intervenção constitutiva de terceiro. E, mais do que isso, a composição do litígio passa necessariamente pela existência de abandonos recíprocos, de concessões livremente assumidas de parte a parte²². Compreende-se, por isso, que a transação só possa ter lugar em domínios em que as partes tenham na sua disponibilidade os direitos e obrigações controvertidos, e que se estenda a todas as situações em que exista essa disponibilidade.

A conciliação já tem em comum com a arbitragem o facto de ser, tal como esta, um instrumento de composição, de resolução de conflitos, que envolve a intervenção de um terceiro. Mas a conciliação ainda se encontra muito próxima da transação, na medida em que o terceiro não tem, também aqui, uma intervenção constitutiva: ele limita-se a pôr as partes em contato, a promover o diálogo entre elas, de modo a favorecer a realização de uma transação que a elas próprias cabe assumir.

Pelo contrário, a arbitragem diferencia-se muito claramente pelo facto de o terceiro não se limitar a concorrer, de forma mais ou menos ativa, para que as partes cheguem, elas próprias, a um acordo que ponha termo ao litígio que as envolve. 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 tratasse²³. A arbitragem distingue-se, assim, pela qualidade em que o terceiro é chamado a intervir. Se existe arbitragem, é porque houve uma convenção arbitral e, portanto, porque as partes acordaram nesse sentido. Mas a partir do momento em que existe

“L’arbitrato nel Diritto Amministrativo”, *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico* 1996, pp. 316-317; J.M. TRAYTER, *op. cit.*, pp. 82 segs.; FRANÇOISE DUCAROUGE, “Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français”, *Revue française de Droit Administratif* 1996, pp. 86 segs.; ROSA MORENO, *op. cit.*, pp. 38 segs. e 59 segs.; TORNOS MÁ, “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, *Revista de Administración Pública* nº 136, p. 173.

²² Em Direito Administrativo, cfr., por todos, a circunstanciada análise de A. HUERGO LORA, *op. cit.*, pp. 114 segs.

²³ Para o contraponto entre as figuras, cfr., entre tantos, J. M. AYALA MUÑOZ *et alii*, *Régimen Jurídico...cit.*, p. 738.

arbitragem sobre um determinado litígio, são os árbitros que ficam incumbidos de traçar o destino desse litígio, uma vez que as partes não têm uma intervenção coconstitutiva no poder de decisão, que pertence ao tribunal arbitral e que ele exercerá emitindo um título dotado do valor de uma sentença judicial²⁴.

A arbitragem, *stricto sensu*, não se confunde, é certo, com a instituição legal de tribunais especiais, em virtude do carácter não necessário que, por regra, caracteriza a intervenção do tribunal arbitral, que não integra o sistema dos tribunais pelos quais passa necessariamente a apreciação dos litígios e que, desse modo, pertencem ao aparelho da justiça estadual. Mas não há a menor dúvida de que a arbitragem configura um modo jurisdicional de resolução de conflitos, em que o tribunal arbitral desempenha função correspondente à dos tribunais estaduais²⁵. Por este motivo se faz notar, na doutrina, que “os árbitros são chamados a julgar uma questão em relação à qual não prosseguem um interesse próprio – daí o sistema de impedimentos e suspeições –, nem um interesse público diferente daquele que se reconduz à realização do Direito”²⁶. Neste sentido, a CRP reconhece, como vimos, natureza jurisdicional aos tribunais arbitrais e, em consequência, a LAV atribui o valor de título executivo às suas decisões, admitindo que elas possam ser objeto de verdadeiros recursos jurisdicionais para os tribunais estaduais de segunda instância²⁷.

II. Perante todo o exposto, afigura-se forçoso reconhecer que a arbitragem não deixa de envolver a participação das partes na determinação do modo pelo qual o litígio será decidido, uma vez que a elas pertence a opção de lançar mão da via arbitral e de designar os árbitros, mas não depende do assentimento das

²⁴ Por este motivo, alguma doutrina vai mesmo ao ponto de afastar hoje a arbitragem do próprio conceito de processo alternativo de resolução de conflitos, reservando-se o adjetivo “alternativo” para referir apenas os processos privados e não jurisdicionalizados de resolução dos diferendos, com o que reconhece que, embora a arbitragem seja um processo alternativo em relação à jurisdição estadual, ela não constitui verdadeira alternativa à litigação comum, na medida em que ela assenta na contraposição entre partes, colocadas em situação de verdadeiro conflito de interesses, e por isso não pode deixar de obedecer aos princípios que são próprios dos processos jurisdicionais: cfr. JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS in *Conferência — Meios alternativos de resolução de litígios*, Lisboa, 2000, p. 21. Cfr. também PATRIKIOS, *op. cit.*, pp. 233-234.

²⁵ Cfr. SÉRVULO CORREIA, «A arbitragem...», p. 231; *Conseil D’État, Section du Rapport et des études — Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Paris, 1993, p. 85; PATRIKIOS, *op. cit.*, pp. 199 e 243-244.

²⁶ Cfr. M. REBELO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 390.

²⁷ ALEXANDRA LEITÃO, *op. cit.*, p. 396. Cfr. também PATRIKIOS, *op. cit.*, pp. 233-234 e 243-244; ROSA MORENO, *op. cit.*, p. 66. Plano no qual o ordenamento jurídico não abdica, entretanto, da intervenção dos poderes estaduais é o da execução forçada das decisões. O monopólio estadual dos poderes de tutela executiva exige que a execução das decisões proferidas por tribunais arbitrais se processe perante os tribunais estaduais.

partes e, portanto, da sua participação coconstitutiva na determinação da solução a dar ao litígio; e, por outro lado, que os poderes que os árbitros exercem não são poderes originários das partes, que neles sejam por elas delegados, mas poderes de natureza jurisdicional, em que os árbitros são investidos por vontade das partes, mas que não lhes são transmitidos por elas.

Ora, a nosso ver, este último aspeto reveste-se da maior importância para o objeto da presente análise, pois permite perceber que, quando uma entidade pública invista árbitros no poder de apreciar atos administrativos por si praticados, ela não está a delegar neles os poderes de disposição que a lei lhe confira em relação a esses atos, mas, muito diferentemente, está a *constituir um tribunal*, que, em substituição dos tribunais estaduais, irá exercer a função jurisdicional em relação a esses atos.

Para os efeitos que interessam à presente análise, daqui resulta que, em nossa opinião, e salvo eventual determinação legal em sentido inequivocamente contrário, deve entender-se que, no domínio da arbitragem respeitante ao exercício dos poderes de autoridade da Administração, os árbitros apenas podem ser chamados a dirimir litígios fiscalizando a legalidade da atuação administrativa, através da aplicação de regras e princípios jurídicos²⁸.

Com efeito, embora se possa reconhecer que os domínios em que existem margens de manobra para a aproximação de posições entre a Administração e os particulares (ou entre entidades administrativas) se encontram na relativa disponibilidade da Administração, no sentido em que, perante as situações concretas, ela dispõe da possibilidade de procurar o equilíbrio entre diferentes soluções antinómicas²⁹, daí não resulta que esses domínios também estejam na sua disponibilidade, para o efeito de se admitir que ela possa demitir-se de procurar ela própria as soluções, como a lei lhe exige, encarregando dessa tarefa, que lhe foi cometida pela lei, terceiros – privados... – que lhe são alheios e não possuem a legitimação política direta ou indireta que lhe corresponde³⁰⁻³¹.

²⁸ No mesmo sentido, cfr. PATRIKIOS, *op. cit.*, p. 263, para quem também aos tribunais arbitrais se deve opor a proibição imposta aos juizes estaduais de controlarem a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa (no direito português, cfr. o disposto no artigo 3º, nº 1, do CPTA).

²⁹ Veja-se o exemplo em matéria de urbanismo que, do ponto de vista da intervenção dos institutos da conciliação e da mediação, é avançado por DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 25.

³⁰ Neste sentido, cfr. A. HUERGO LORA, *op. cit.*, pp. 174-175 e 108-109, em apreciação crítica à clássica construção alemã (a que o Autor se refere a pp. 91-92), que, para o efeito da admissibilidade da transação sobre poderes da Administração, equiparava a discricionariedade administrativa à titularidade de direitos disponíveis, no livre exercício da autonomia privada.

³¹ Neste exato sentido, cfr. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os contratos administrativos e a arbitragem*, Coimbra, 2004, pp. 216-217, que, a este propósito, estabelece a distinção entre uma área de disponibilidade substantiva de uma área de disponibilidade adjetiva.

Não pode, por isso, subscrever-se a afirmação de que, como o exercício de poderes discricionários passa pela formulação de juízos que os tribunais estaduais não podem repetir e, nessa medida, envolve um poder de disposição do caso concreto por parte da Administração, esta deve poder dispor dele em favor de árbitros. Em nossa opinião, bem pelo contrário, impede-o a circunstância de a arbitragem ser um *instrumento de heterodefinição*, mediante o qual os árbitros são investidos no exercício da função jurisdicional, e não em poderes delegados de disposição que lhes sejam confiados pelas partes.

12. Da exposição precedente decorre a conclusão de que o facto de a arbitragem não se confundir com a transação, por não ser, como esta, um ato de disposição resultante de abandonos recíprocos, diretamente acordados pelas partes, mas se dirigir, pelo contrário, à tomada de uma decisão por árbitros chamados a exercer uma função jurisdicional, e, por conseguinte, a circunstância de a decisão arbitral não ser uma transação assumida pelas próprias partes, mas uma definição que é imposta pelos árbitros no exercício da função jurisdicional, obstam, em princípio, à atribuição a árbitros de poderes de decisão no domínio do exercício de poderes discricionários da Administração. Em contrapartida, esses mesmos factos justificam que a arbitragem possa intervir em domínios vedados à transação, como é o da fiscalização da legalidade de atos administrativos.

Neste sentido, concorre o argumento de que o recurso à via arbitral não envolve necessariamente o reconhecimento aos árbitros da possibilidade de decidirem segundo critérios de equidade³². Tenha-se, na verdade, presente que os árbitros julgam, em princípio, segundo o direito constituído, a menos que as partes, na convenção de arbitragem ou em documento subscrito até à aceitação do primeiro árbitro, os autorizem a julgar segundo a equidade. Há, por isso, que estabelecer, em cada caso, se o tribunal arbitral pode julgar cada questão que lhe é colocada segundo a equidade, porque, de outro modo, ele só a pode decidir segundo o direito constituído. E, como é evidente, qualquer tribunal arbitral só estará habilitado a julgar segundo a equidade quando essa possibilidade lhe for conferida e na medida em que as questões que lhe forem colocadas não forem de estrita legalidade. Por conseguinte, ele não poderá deixar, naturalmente, de julgar segundo o direito constituído sempre que, em concreto, seja chamado a pronunciar-se sobre questões de estrita legalidade.

Por outro lado, se é verdade que a verificação da conformidade dos atos administrativos com as vinculações legais que se lhes impõem tende a ser afirmada, no direito comparado, como sendo de ordem pública, para o efeito de se recusar

³² Esta linha argumentativa foi ensaiada por SÉRVULO CORREIA, "A arbitragem...", pp. 234-235, nota 10.

que a sua apreciação possa ser submetida à arbitragem, importa notar que este entendimento assenta invariavelmente no pressuposto de que a verdadeira arbitragem exclui a possibilidade de um controlo por parte dos tribunais estaduais sobre o mérito da decisão arbitral³³. Num ordenamento jurídico como o nosso, em que, pelo contrário, um tal controlo não se encontra, por regra, cabalmente excluído, a preocupação em garantir a boa aplicação da lei que está subjacente à defesa, por razões de ordem pública, da impossibilidade de essa matéria poder ser apreciada por tribunal arbitral pode ser satisfatoriamente acautelada através do reconhecimento da possibilidade de impugnação, por vício de fundo, da decisão que, sobre a matéria, esse tribunal venha a proferir.

3.2. Entendimento adotado: arbitragem de legalidade e não de mérito

13. Por todas as razões que acabam de ser enunciadas, a nossa posição quanto ao problema da interpretação da previsão do artigo 180º, nº 1, alínea c), do CPTA, é a de que a referida previsão não deve ser interpretada no sentido de possibilitar a constituição de tribunais arbitrais aptos a formular juízos de mérito, em substituição da Administração, quanto aos termos do exercício dos poderes discricionários desta quanto aos atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva, mas, pelo contrário, deve ser interpretada no sentido de possibilitar a fiscalização em sede arbitral da legalidade desses atos administrativos.

Na verdade, na ausência de inequívoca determinação legal em sentido contrário, que, a nosso ver, não resulta do preceito em análise, deve, em nossa opinião, entender-se que, no domínio em referência, os árbitros apenas podem ser chamados a dirimir litígios aplicando regras e princípios jurídicos e, portanto, que, nesse domínio, mais não lhes compete, fazendo as vezes do tribunal do Estado, do que “julgar do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação” (artigo 3º do CPTA).

Neste sentido, faça-se notar que o preceito em referência não faz propriamente referência à possibilidade de submeter a arbitragem a questão da revogação de atos válidos, mas a apreciação de “questões relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade”. Essas questões não de ser, por conseguinte, as questões de validade que se coloquem a respeito dos atos que, por não serem *atos devidos* – ou seja, atos constitutivos de situações jurídicas cujos efeitos a lei exige que se mantenham e que, por isso, só podem ser revogados em condições estritamente vinculadas –, mas *actos precários, atos consti-*

³³ Cfr., por exemplo, A. HUERGO LORA, pp. 152 segs. e 177-178; PATRIKIOS, pp. 229-230, 268 e 284, nota 33; ROSA MORENO, p. 126.

tivos de direitos disponíveis ou atos desfavoráveis cujos efeitos não resultam de lei imperativa, pertencem, em abstrato, à categoria dos atos que podem ser revogados sem fundamento na sua invalidade³⁴.

14. A exemplo do que, como vimos, sucede com as previsões das alínea a) e d) do nº 1 do artigo 180º do CPTA, também a previsão da alínea c) do mesmo artigo e número se inscreve, pois, a nosso ver, na mesma dinâmica de superação do tradicional entendimento segundo o qual os tribunais arbitrais não podiam pronunciar-se, a título principal, sobre questões de validade de atos administrativos – dinâmica que, como já foi referido, veio a encontrar, entretanto, o seu corolário, de modo exuberante, no domínio do Direito Fiscal, com o Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de janeiro, que veio possibilitar o recurso à arbitragem sem qualquer limitação de matérias relativas a atos de liquidação tributária, vinculando os árbitros à aplicação de estritos critérios de legalidade.

A nosso ver, a interpretação preconizada da previsão do artigo 180º, nº 1, alínea c), do CPTA é, por isso, aquela que de modo mais coerente se harmoniza com o contexto normativo em que o preceito se insere e com a dinâmica que, nos últimos anos, ele vem denotando.

Com efeito, a exposição precedente permitiu verificar que as soluções que, no ordenamento jurídico português, admitem a arbitragem de Direito Administrativo não se sustentam em critérios lógicos, que, podendo ser deduzidos da natureza das matérias em causa, permita delimitá-las em termos coerentes³⁵. Ora, no momento presente, a maior das incongruências resulta, precisamente, dos limites que (ainda?) são impostos à admissibilidade da arbitragem sobre a legalidade de atos administrativos.

Com efeito, o CPTA manteve a solução tradicional da admissibilidade da arbitragem em matéria de contratos e de responsabilidade – ora, a solução, no que aos contratos diz respeito, mostra-se, nos nossos dias, manifestamente incoerente com a imposição de limites à arbitrabilidade da fiscalização da legalidade de atos administrativos, na medida em que vigora um princípio de relativa fungibilidade entre as figuras do ato administrativo e do contrato administrativo, por força da qual podem ser celebrados contratos administrativos em substituição de atos administrativos: consoante se opte, portanto, pela figura do ato ou do contrato, desse modo fica fechada ou aberta a possibilidade do recurso à arbitragem.

³⁴ No mesmo sentido, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 125-127; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Da arbitragem administrativa à arbitragem fiscal”, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal – Arbitragem*, Coimbra, 2010, pp. 138-139.

³⁵ Neste preciso sentido, SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, p. 689, reconhece ser patente a ausência de um critério de arbitrabilidade que confira racionalidade sistémica ao âmbito da arbitrabilidade que se encontra legislado no nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, vimos que o legislador do CPTA procedeu ao alargamento ao contencioso dos atos administrativos das matérias que podem ser objeto da arbitragem de Direito Administrativo, através da previsão, na alínea a) do nº 1 do artigo 180º, da extensão da arbitragem sobre contratos à fiscalização dos atos administrativos praticados no âmbito da respetiva execução, e, na alínea d) do nº 1 do artigo 180º, da possibilidade de arbitragem sobre “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”.

Ora, a verdade é que, como vimos atrás, nem na alínea a), nem na alínea d), do nº 1 do artigo 180º são impostos quaisquer limites quanto à natureza das questões que, a respeito dos atos administrativos praticados no âmbito da execução dos contratos ou das relações jurídicas de emprego público, podem ser submetidas à apreciação de árbitros. Como é evidente, as previsões em referência nada têm, pois, que ver com a pretensa disponibilidade da matéria por parte das entidades públicas envolvidas: no caso das relações jurídicas de emprego público, o legislador só se preocupa, aliás, com a disponibilidade dos direitos pelos trabalhadores.

E, por último, foi introduzido o regime da arbitragem em matéria fiscal, que, como já foi referido, veio possibilitar o recurso à arbitragem sem limitação de matérias relativas a atos de liquidação tributária.

Ficou, entretanto, excluída da previsão da alínea a) do artigo 180º do CPTA a matéria respeitante à impugnação dos atos relativos à formação dos contratos, de cuja validade pode depender a validade dos próprios contratos³⁶. A solução afigura-se, porém, incongruente com a previsão da admissibilidade, nos mais amplos termos, da arbitragem sobre o contencioso dos atos praticados no âmbito da execução dos contratos. Aliás, a Lei nº 3-B/2010, de 28 de abril, incluiu, no artigo 128º, uma autorização legislativa, entretanto caducada, que previa a alteração dos artigos 180º e 187º do CPTA, no sentido de estender a arbitrabilidade de Direito Administrativo ao contencioso pré-contratual, o que permite antever que a arbitragem nesse domínio poderá vir a ser em breve admissível.

Todos estes dados concorrem num mesmo sentido, que favorece a nossa proposta de interpretação da previsão da alínea c) do nº 1 do artigo 180º do CPTA. Não podemos deixar de notar que, em tese geral, a solução da admissibilidade geral da arbitragem sobre atos administrativos nos suscita reservas. Mas a partir do momento em que, de modo crescente e cada vez mais afirmativo, o legislador português se mostra claramente empenhado em avançar nesse sentido, não vemos razão para

³⁶ A exclusão na previsão da alínea a) da matéria respeitante à impugnação dos atos relativos à formação dos contratos não impede, em todo o caso, a previsão de tal possibilidade por lei especial, devendo a convenção de arbitragem ser aceite pelos concorrentes no momento da apresentação das propostas: neste sentido, cfr. FAUSTO DE QUADROS, «A arbitragem em Direito Administrativo», in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal – Arbitragem*, Coimbra, 2010, p. 111.

atribuir à previsão da alínea c) do nº 1 do artigo 180º do CPTA um sentido que nos parece claramente antissistémico, na defesa (preconceituosa) de um postulado – o do afastamento da possibilidade de arbitragem sobre questões de legalidade de atos administrativos – que o legislador nacional, claramente, abandonou.

4. Problema do alcance das previsões do artigo 187º

15. A nosso ver, tudo o que foi dito até aqui é relevante para a apreciação da questão da determinação do alcance das previsões do artigo 187º do CPTA, que, como já foi referido, habilita o Estado a autorizar a instalação de centros de arbitragem permanente destinados à composição de litígios em matéria de contratos, responsabilidade civil da Administração, relações jurídicas de emprego público, sistemas públicos de proteção social e urbanismo.

Com efeito, pertinente questão que, a propósito das referidas previsões se coloca, é a de saber se os litígios em matéria de sistemas públicos de proteção social e urbanismo que, nos termos do artigo 187º, são passíveis de serem submetidos a arbitragem institucionalizada só podem ter por objeto atos administrativos que se enquadrem na previsão do artigo 180º, nº 1, alínea c).

Como resulta do que ficou dito no parágrafo anterior, não existe, para nós, a menor dúvida de que, quando se reportem a atos administrativos, os litígios em causa terão por objeto a apreciação da legalidade desses atos, e não do seu mérito, conveniência ou oportunidade: quando diga respeito a atos administrativos, o contencioso a submeter a arbitragem institucionalizada em matéria de sistemas públicos de proteção social e urbanismo há de ser, portanto, um contencioso de legalidade, dirigido a apreciar a validade desses atos, mediante a estrita aplicação do Direito. Nesse sentido concorre a interpretação que preconizamos da previsão da alínea c) do nº 1 do artigo 180º. A arbitragem institucionalizada em matéria de sistemas públicos de proteção social e de urbanismo compreende, pois, o contencioso de legalidade dos atos administrativos que forem praticados nesses domínios.

A interpretação sistemática das previsões dos artigos 180º e 187º parece, entretanto, sugerir que, enquanto os litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público que são passíveis de serem submetidos a arbitragem podem ter por objeto, quando seja caso disso, a fiscalização da legalidade de qualquer espécie de ato administrativo, já no que toca aos litígios em matéria de sistemas públicos de proteção social e urbanismo passíveis de serem submetidos a arbitragem, eles só poderão ter por objeto, quando seja caso disso, a fiscalização da legalidade de atos administrativos se os atos em causa se enquadrarem na previsão da alínea c) do nº 1 do artigo 180º, ou seja, se forem atos “que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva”³⁷.

³⁷ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3ª ed., Coimbra, 2010, pp. 1149-1150.

A nosso ver, a discrepância é inconveniente e injustificada, o que, também neste domínio, vem, em nossa opinião, confirmar a incongruência dos limites à arbitrabilidade sobre atos administrativos que, como vimos, decorrem da previsão da alínea c) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA. Mas não vemos que possa ser sustentada diferente solução.

5. Conclusão e perspetivas

16. A exposição precedente permitiu verificar que as sucessivas e incoerentes brechas que o legislador nacional tem vindo a abrir no tradicional edifício da inarbitrabilidade de questões relativas a atos administrativos conduziram a um conjunto desarmónico de previsões de arbitrabilidade nessa matéria, que, por não se sustentarem em critérios lógicos, não permitem delimitar de modo coerente as matérias que são passíveis de serem submetidas a arbitragem – sucedendo que, no momento presente, a maior das incongruências resulta dos limites que (ainda?) são impostos à admissibilidade da arbitragem sobre a legalidade de atos administrativos.

As mais recentes evoluções ocorridas legitimam, por isso, que se pergunte se não estaremos a evoluir para uma mudança de paradigma. Com efeito, uma vez abandonadas – bem ou mal – as razões de princípio que, a exemplo do que sucede em muitos outros ordenamento jurídicos, poderiam, também em Portugal, sustentar o afastamento, em tese geral, da admissibilidade da arbitragem de Direito Administrativo, ou a sua redução à expressão mais simples, cumpre perguntar se o caminho não deverá passar por se abdicar, por falta de um critério coerente, de uma enunciação pela positiva das matérias de Direito Administrativo que são passíveis de ser submetidas a arbitragem e se procurarem identificar limites coerentes que, pela negativa, permitam identificar as matérias que não devem poder ser submetidas a arbitragem.

Nesta perspetiva, todos os tipos de matérias seriam, à partida, passíveis de arbitragem, incluindo no domínio da fiscalização da legalidade de atos administrativos, sem restrições incompreensíveis e, como vimos, difíceis de interpretar, como as que resultam da previsão do artigo 180.º, n.º 1, alínea c). E, em contrapartida, haveria, entretanto, que ressaltar as situações que, por contenderem com mais relevantes interesses públicos ou dizerem respeito a direitos 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.

A nosso ver, a arbitragem de Direito Administrativo ganharia, finalmente, as suas *cartas de cidadania*, o que implicaria que a questão da arbitrabilidade neste domínio passaria a colocar-se em termos semelhantes àqueles em que se coloca nos domínios do direito privado, isto é, partindo de um princípio geral de admissibilidade da arbitragem para estabelecer um ou mais critérios dos quais deva depender a imposição de limites a essa arbitrabilidade.