

COLEÇÃO SÉRVULO

Cadernos Sérvulo

de Contencioso Administrativo e Arbitragem

#01.2018

Regime de recurso das decisões arbitrais no CCP revisto — uma reflexão constitucional

Rui Medeiros

Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa e Advogado



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Sinopse *Abstract*

A revisão do CCP alterou o regime de recurso das decisões arbitrais em litígios pré-contratuais e em arbitragens contratuais. A solução consagrada no novo artigo 476.º do CCP suscita muitas dúvidas. O presente texto propõe uma reflexão constitucional sobre esta problemática.

The revision of the Public Contracts Code changed the system of appeal of arbitral decisions in pre-contractual disputes and in contractual arbitrations. The solution enshrined in the new Article 476 of the Public Contracts Code raises many doubts. The present text proposes a constitutional reflection on this problem.

1

A substancial inovação do artigo 476.º, n.º5, do CCP revisto

Rui Medeiros ^{1/2}

I. A revisão do CCP, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, passa a estabelecer, no **novo artigo 476.º, n.º 5**, que, “*nos litígios de valor superior a 500.000 €, da decisão arbitral cabe recurso para o tribunal administrativo competente, nos termos da lei, com efeito meramente devolutivo*”.

II. A maioria da doutrina tende a interpretar o novo preceito legal no sentido de que, para além da possibilidade de impugnação das decisões arbitrais prevista no artigo 185.º-A do CPTA na revisão de 2015 – revisão que expressamente revogou o anterior artigo 186.º, n.º 2, onde se lia que “*as decisões proferidas por tribunal arbitral também podem ser objeto de recurso para o Tribunal Central Administrativo, nos moldes em que a lei sobre arbitragem voluntária prevê o recurso para o Tribunal da Relação, quando o tribunal não tenha decidido segundo a equidade*” –, **se pretende reintroduzir a regra, eliminada na revisão do CPTA de 2015, do direito ao recurso.**

É certo que há quem advogue uma “interpretação bem diferente” segundo a qual “o recurso aí previsto é para ser exercido «nos termos da lei»”. Nesta leitura, “essa expressão referir-se-ia à possibilidade de recurso e não ao «tribunal administrativo competente». Ora, a ser assim, o recurso acima de 500.000 € só existe «nos termos da lei», ou seja, se as partes convencionarem a sua existência, tal como estipulam os artigos 185.º-A do CPTA e 39.º, n.º 4, e 46.º, n.º 1, da LAV. Já abaixo desse montante, resultaria *a contrario* que nunca haveria lugar a recurso”³.

Todavia, para além do sentido que se extrai *prima facie* da letra do preceito – com a sua remissão não já para a LAV, mas em geral para os termos da lei (e nem sequer para “os casos e termos da lei”) – há argumentos fortes que obstam ao acolhimento de uma tal interpretação.

1. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica e sócio da Sêrvulo & Associados.

2. O texto que agora se publica constitui a versão preliminar do artigo que vai ser publicado no livro *Constituição e Administração Pública*, sob a coordenação de Pedro Fernández Sánchez e Luís Alves.

3. Cfr. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A arbitragem e o artigo 476.º na revisão do CCP*, in *RDA*, 1 (2018), p. 63.

Desde logo, o elemento histórico não confirma a bondade de uma tal leitura. Não se esqueça que a consagração do artigo 476.º, n.º 5, do CCP revisto surge num contexto marcado por várias críticas de certos setores doutrinários às arbitragens administrativas *definitivas*⁴ ou à inexistência de uma legislação específica para as arbitragens em que intervêm entidades públicas⁵ que preveja, designadamente, mecanismos que permitam compensar ou equilibrar a “maior abrangência da arbitrabilidade administrativa com uma ampla possibilidade de recurso das sentenças arbitrais para os tribunais estaduais”⁶.

Além disso, se a referida “interpretação bem diferente” fosse procedente, faltaria explicar por que razão, numa arbitragem administrativa – que pode ser inclusivamente, segundo um certo entendimento, uma arbitragem forçada pela entidade adjudicante ou pelo contraente público –, se passaria a recusar em todos os litígios de valor igual ou inferior a 500.000 € (ou, se a solução do Anteprojecto tivesse vingado, a 10.000.000 €) – e, de forma indiscutível, em termos inovadores – a aplicação do princípio geral de que as partes podem expressamente prever a possibilidade de recurso na convenção de arbitragem (artigo 39.º, n.º 4, da LAV).

III. E não se diga que, para salvar a constitucionalidade da norma que se extrai do n.º 5 do artigo 476.º – que, como se concluirá no final, se apresenta como organicamente inconstitucional – se deve adotar uma interpretação conforme à Constituição.

Sem dúvida, a invalidade da norma não visa sancionar “uma falha normativa superável por uma correção em tudo análoga à que a teoria da interpretação jurídica já hoje dominante admite em geral”⁷.

Todavia, como lembra JOSÉ LAMEGO, é duvidoso que, num Estado democrático e assente no princípio da separação de poderes, se possam justificar leituras metodológicas que, mais do que uma *obediência pensante* (ainda que através da retificação do sentido literal), pretendem corrigir o próprio escopo da norma⁸. Com efeito, “a admissibilidade de um princípio de interpretação das leis em conformidade com a Constituição não legitima qualquer monismo

4. Cfr. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?*, in *A arbitragem administrativa e tributária – problemas e desafios*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 159 ss.

5. Cfr., tendo por base justamente uma conferência com o mote “*uma lei para a arbitragem administrativa?*”, o conjunto de estudos reunidos em *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos* (coord.: Carla Amado Gomes / Ricardo Pedro), Lisboa: AAFDL, 2018, *passim*.

6. Cfr., mas criticando essa ideia, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *A arbitragem no projeto de revisão do CPTA*, in *Julgar*, n.º 26 (2015), p. 115.

7. Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica – problemas fundamentais*, Coimbra Editora, 1993, p. 196.

8. Cfr. JOSÉ LAMEGO, *Elementos de metodologia jurídica*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 117.

metodológico traduzido numa absoluta primazia do aspeto da conformidade à Constituição. O princípio da interpretação conforme à Constituição deve antes ser utilizado «em conformidade com o método», não permitindo “a transformação, ainda que com efeitos limitados ao caso concreto, da pretensa interpretação adequadora em verdadeira e própria modificação da disposição fiscalizada”⁹.

Ora, no caso aqui em análise, e como já foi assinalado, há argumentos fortes que revelam a intenção inequívoca que subjaz ao disposto no artigo 476.º, n.º 5, do CCP revisto e, por isso, **a eventual inconstitucionalidade da solução adotada não pode ser salva por via de uma interpretação *corretiva* conforme à Constituição.**

IV. Tudo visto, com a inovação do artigo 476.º, n.º 5, para além da possibilidade de impugnação das decisões arbitrais prevista no artigo 185.º-A do CPTA (na revisão de 2015) e do recurso para o Tribunal Constitucional (que decorre diretamente do artigo 280.º da Constituição), o legislador reintroduziu a regra, eliminada na revisão do CPTA de 2015, do direito ao recurso.

Sem dúvida que, com esta disposição, o legislador da revisão do CCP regulou apenas “a alçada e o efeito do recurso (...), tendo deixado «por esclarecer o tipo e a tramitação do recurso que criou»¹⁰ ou a problemática da legitimidade para interpor o recurso”^{11/12}.

Em qualquer caso, e mesmo deixando de lado os problemas que coloca a atribuição ao recurso de efeito meramente devolutivo¹³, a admissibilidade de recurso das decisões arbitrais “*para o tribunal administrativo competente, nos termos da lei (...)*” **abre a porta aos diversos recursos que o CPTA prevê.**

9. Cfr. RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa: UCE, 1999, pp. 308 ss. (bem como autores e obras aí citados).

10. Cfr. MARCO CALDEIRA, *A arbitragem no CCP revisto*, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos* (coord.: Carla Amado Gomes / Ricardo Pedro), Lisboa: AAFDL, 2018, p. 320 – cfr. ainda PEDRO LEITE ALVES, *A arbitragem de Direito Público*, in *RDA*, 1 (2018), p. 85.

11. Cfr., sobre a questão da legitimidade do Ministério Público para interpor recurso, nos termos do artigo 141.º, n.º 1, do CPTA (“*pode interpor recurso ordinário de uma decisão jurisdicional proferida por um tribunal administrativo quem nela tenha ficado vencido e o Ministério Público, se a decisão tiver sido proferida com violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais*”), ou de terceiros, ao abrigo do artigo 141.º, n.º 5, do CPTA (“*pode ainda recorrer das decisões dos tribunais administrativos quem seja direta e efetivamente prejudicado por elas, ainda que não seja parte na causa ou seja apenas parte acessória*”), VASCO MOURA RAMOS, *Que fundamentos específicos de impugnação e que recursos se devem admitir?*, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos* (coord.: Carla Amado Gomes / Ricardo Pedro), Lisboa: AAFDL, 2018, p. 212.

12. Cfr., porém, se bem que noutra perspetiva, mas sublinhando certamente que, com a reforma do contencioso administrativo de 2003/2004, “a irrecorribilidade de decisões arbitrais para os tribunais do Estado não impede um generoso catálogo de terceiros de, ainda assim, atacar o contrato nos tribunais do Estado”, PEDRO GONÇALVES, *Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais*, in *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 798 ss.

13. Cfr., por exemplo, MARCO CALDEIRA, *A arbitragem no CCP revisto*, pp. 318-320.

Desde logo, se as decisões arbitrais são pura e simplesmente “equiparadas a sentenças dos tribunais de primeira instância”¹⁴, deve entender-se que, “ao estabelecer que «cabe recurso (...) nos termos da lei», o legislador remete para o recurso ordinário de apelação, detendo o tribunal central administrativo os (latos) poderes previstos no artigo 149.º do CPTA”¹⁵. A apelação permitirá, inclusivamente, “aos tribunais centrais administrativos reapreciar a matéria de facto”¹⁶.

Por outro lado, para além do recurso *extraordinário* de revisão¹⁷, o artigo 476.º, n.º 5, não fecha a porta a outros recursos admitidos no CPTA, como sucede com “a revista *per saltum* para o Supremo Tribunal Administrativo e o (...) recurso de revista, nos casos previstos no artigo 150.º”¹⁸. No fundo, “saber se a decisão admite revista dependerá do preenchimento das condições de recorribilidade” estabelecidas na lei^{19/20}.

V. Noutro plano, esta **ampla possibilidade de recorrer das decisões arbitrais administrativas é conferida em quaisquer “litígios de valor superior a 500.000 €”**, e não apenas, como constava do Anteprojeto, em litígios acima de 10.000.000 €. Além disso, para efeitos de delimitação do âmbito da admissibilidade do recurso, o valor de 500.000 € é independente do valor do decaimento da parte vencida – permitindo, portanto, o artigo 476.º, n.º 5, que o recurso seja “interposto mesmo que as questões sobre as quais versa tenham um valor económico muito inferior aos referidos 500.000 €”²¹. Pode, portanto, concluir-se com segurança que o n.º 5 do artigo 476.º passa a admitir, com grande latitude, o recurso das decisões arbitrais administrativas.

14. Cfr. VASCO MOURA RAMOS, *Que fundamentos específicos de impugnação e que recursos se devem admitir?*, p. 200.

15. Cfr. TIAGO SERRÃO, *Considerações sumárias sobre a arbitragem no CCP revisto*, in RDA, 1 (2018), p. 96.

16. Cfr. PEDRO LEITE ALVES, *A arbitragem de Direito Público*, p. 85.

17. Cfr., no sentido de que mesmo no âmbito da regra supletiva da inexistência de recursos da decisão arbitral (resultante do artigo 39.º da LAV) só se vedam os recursos ordinários, VASCO MOURA RAMOS, *Que fundamentos específicos de impugnação e que recursos se devem admitir?*, pp. 201 ss.

18. Cfr. PEDRO LEITE ALVES, *A arbitragem de Direito Público*, p. 85.

19. Cfr. PAULA COSTA E SILVA, *Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português*, in ROA, ano 56 (1996), I, p. 188.

20. Cfr., em relação à pluralidade de recursos admissíveis à luz do artigo 39.º, n.º 4, da LAV, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *Lei de Arbitragem Voluntária comentada*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 475-476.

21. Cfr. MARCO CALDEIRA, *A arbitragem no CCP revisto*, p. 317, nota.

Obviamente, se se desconfiar da arbitragem²², pode questionar-se inclusivamente “a razoabilidade e a proporcionalidade da alçada de 500.000 €” e sustentar-se que não há “qualquer justificação racional e aceitável para este valor (...), sobretudo quando podem estar em causa despesas públicas ilícitas”²³.

Não assim, porém, na perspetiva (legitimada constitucionalmente) de abertura à arbitragem. O que salta à vista desarmada, nesta linha, é a de que, com o artigo 476.º, n.º 5, se “franqueou” claramente “a porta do recurso para os tribunais administrativos”²⁴, ficando por perceber a justificação para este novo limiar “muitíssimo inferior aos 10.000.000 € que constavam do Anteprojecto”, uma vez que se desconhece em absoluto “quais os dados ou elementos em que o legislador se baseou para fixar este valor e quais os motivos que justificaram a abrupta redução imposta ao valor anteriormente considerado plausível”²⁵. É certo que a alçada de 500.000 € se inspira, porventura, naquela que permite, nos termos do artigo 151.º, n.º 1, do CPTA, o recurso de revista *per saltum* para o Supremo Tribunal Administrativo de decisões de mérito proferidas por tribunais administrativos de círculo que suscitem apenas questões de direito. Todavia, em rigor, a analogia com o regime do recurso de revista *per saltum* esgota-se nesse plano do limiar (sendo certo que, no caso de recurso *per saltum*, ele é ainda admissível quando o valor da causa seja indeterminado). Basta recordar que, nestes casos, se trata de recursos para o Supremo Tribunal Administrativo sobre questões exclusivamente de direito.

22. Cfr., afirmando que “a função jurisdicional é ou deve ser monopólio dos Estados democráticos de Direito, não podendo ser uma atividade económica privada no âmbito de um mercado concorrencial (de arbitragem) e, portanto, uma atividade económica «interessada»” e em que “os árbitros, que quase nunca exercem a arbitragem como profissão, estão *direta e financeiramente* «dependentes» (...) dos (...) honorários pagos pelas partes”, PAULO PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem administrativa e CCP: dissidentes da boa administração do interesse público*, in RDA, 1 (2018), pp. 68-69.

23. Cfr. PAULO PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem administrativa e CCP: dissidentes da boa administração do interesse público*, p. 81.

24. Cfr. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem e contratação pública – brevíssimas notas*, in RDA, 1 (2018), p. 59.

25. Cfr. MARCO CALDEIRA, *A arbitragem no CCP revisto*, p. 317.

2

Uma solução em contraciclo e intrinsecamente contraditória

I. A evolução da arbitragem administrativa em Portugal com o seu epílogo na reforma de 2015 caracterizou-se pela “expansão do *Estado Contratante*” e pela confirmação do “papel relevante da arbitragem enquanto sistema alternativo e paralelo de resolução de litígios no âmbito jurídico-administrativo (...). E o trajeto percorrido (...) tem-se feito no sentido da consolidação da arbitragem como um modelo de *alternativa definitiva* à justiça administrativa do Estado”, provavelmente porque se entendeu que “os *tribunais arbitrais administrativos* são verdadeiros tribunais, exercem uma função jurisdicional como os tribunais do Estado, e não sofrem qualquer diminuição de capacidade no momento de «dizer o direito»”²⁶.

A opção do legislador de 2017 “surge em claro **contraciclo legislativo**”²⁷, vindo, apenas dois anos volvidos, totalmente ao arpejo do sentido da importante reforma do CPTA de 2015, onde se passou a prever, em vez do recurso, tão-somente a *impugnação das decisões arbitrais* (artigo 185.º-A), em linha aliás com o artigo 39.º, n.º 4, da Lei da Arbitragem Voluntária em vigor.

II. Noutro plano, o artigo 476.º, n.º 5, do CCP revisto constitui, aparentemente, uma concretização do Programa do XXI Governo Constitucional e da sua aposta em “promover o descongestionamento dos tribunais”, incluindo através do “alargamento da competência (...) dos centros de mediação e de arbitragem” e da “adesão geral das entidades da Administração Estadual à jurisdição dos centros de arbitragem administrativa já existentes, assim se permitindo um julgamento mais rápido e barato de litígios que oponham cidadãos e empresas às entidades públicas, designadamente, em matéria de contratação pública”.

Todavia, **paradoxalmente, sob a capa da aposta na arbitragem, o legislador revela afinal profunda desconfiança nos tribunais arbitrais.**

26. Cfr., mudando assim de posição em relação àquela que assumira em 1999, numa primeira fase da arbitragem administrativa, na qual defendia que a parte-Administração não podia renunciar ao direito de recurso de uma decisão arbitral sobre uma questão de validade de um contrato, PEDRO GONÇALVES, *Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais*, pp. 798 ss.

27. Cfr. TIAGO SERRÃO, *Considerações sumárias sobre a arbitragem no CCP revisto*, p. 95.

Na verdade, a solução plasmada no n.º 5 do artigo 476.º - ao fazer da “arbitragem de direito público de valor superior a 500.000 € relativa ao contencioso pré-contratual e ao contencioso contratual” apenas “um meio de prover à morosidade da primeira instância dos tribunais estatais”²⁸ (em virtude da admissibilidade com grande latitude dos recursos) – traduz, “objetivamente (...), uma manifestação de *desconfiança* do legislador face à arbitragem (mesmo institucionalizada): o legislador confia na arbitragem para a resolução da generalidade dos litígios, mas recusa-se a dar-lhe a única (ou a última) palavra naqueles que sejam mais relevantes do ponto de vista económico”²⁹. Com efeito, o sistema de vias de impugnação e de recurso de decisões arbitrais adotado pela lei constitui “o teste último a que o intérprete deve sujeitar o instituto da arbitragem (...), de modo a aperceber-se da autonomia efetivamente atribuída a esta forma de resolução de conflitos”³⁰. No fundo, parafraseando uma afirmação constitucional muito glosada, também aqui parece fazer sentido perguntar: *diz-me o que pensas sobre o regime de recursos de decisões de tribunais administrativos arbitrais e eu te direi a tua visão em matéria de arbitragem administrativa...*

Escusado será acrescentar que, possivelmente, “esta manifestação de *desconfiança* (...) não deixará também de se repercutir sobre as contrapartes das entidades adjudicantes ou contraentes públicos, já que a inexistência de recurso das decisões arbitrais é, em regra, um dos fatores de atratividade da arbitragem, pela celeridade com que permite a obtenção de uma solução (verdadeiramente) *final* do litígio”³¹.

28. Cfr. PEDRO LEITE ALVES, *A arbitragem de Direito Público*, pp. 84-85.

29. Cfr. MARCO CALDEIRA, *A arbitragem de Direito Público*, p. 318.

30. Cfr. PAULA COSTA E SILVA, *Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português*, p. 180.

31. Cfr. MARCO CALDEIRA, *A arbitragem no CCP revisto*, pp. 318-319 - o artigo 476.º do CCP revisto “tem por efeito tornar desinteressante a arbitragem administrativa dos litígios pré-contratuais e de contratos” (PEDRO LEITE ALVES, *A arbitragem de Direito Público*, p. 85), podendo afetar “a necessária confiança e segurança que frequentemente as partes pretendem quando optam pela arbitragem” (JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A arbitragem e o artigo 476.º na revisão do CCP*, p. 63).

3

Uma opção – aparentemente por uma arbitragem *forçada* pela Administração – não justificada à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre arbitragem necessária

I. A opção plasmada no artigo 476.º, n.º 5, do CCP revisto não pode ser justificada pela **jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a exigência de garantir o direito ao recurso nas arbitragens necessárias**. Recorde-se, a este propósito, que, segundo o entendimento do Palácio Ratton, nas arbitragens necessárias ou, mais concretamente, quando estejam em causa “*relações jurídicas que decorrem do exercício de poderes de autoridade*”³², não pode ficar bloqueada a possibilidade de recurso da decisão do tribunal arbitral para os tribunais estaduais, devendo o direito de acesso à justiça estadual “ser garantido por um recurso ordinário (não excecional)”³³.

II. Em rigor, mesmo atentos os limites à interpretação conforme a que já se fez referência, pode sempre ensaiar-se uma **leitura conforme à Constituição e ao Direito da União Europeia das disposições do artigo 476.º que apontam, *prima facie*, para uma arbitragem *forçada*, imposta unilateralmente pelas entidades adjudicantes ou pelos contraentes públicos**, e concluir que a aceitação pelo operador económico privado não é obrigatória.

Sem dúvida, interpretado literalmente, o n.º 2 do artigo 476.º do CCP revisto confere um *cheque em branco* a toda e qualquer entidade adjudicante, que, independentemente do concreto circunstancialismo do caso, pode decidir obrigar o privado a avançar para um tribunal arbitral constituído e regulado nos termos fixados unilateralmente pelo próprio ente público. Este poder unilateral conferido à entidade adjudicante nem sequer se fica apenas “pela opção de base relativamente ao modo de resolução de (eventuais) litígios”, abrangendo ainda “o modo

32. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/2013.

33. Cfr. RUI TAVARES LANCEIRO, *Necessidade da arbitragem e arbitragem necessária – uma análise à luz da jurisprudência constitucional*, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos* (coord.: Carla Amado Gomes / Ricardo Pedro), Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 68 ss.

de constituição do tribunal e o regulamento de arbitragem, remetendo, para tanto, «para as normas do regulamento do centro de arbitragem institucionalizado competente», por si exclusivamente escolhido”³⁴.

Não se ignora que há quem desvalorize este poder unilateral dos poderes públicos, afirmando que “a utilização da arbitragem administrativa é facultativa”, visto que “qualquer interessado em participar no procedimento tem sempre a opção de não o fazer (...), embora a rejeição da arbitragem institucionalizada signifique a não participação no procedimento”³⁵. Porém, “dizer que os candidatos, os concorrentes e mesmo os cocontratantes podem decidir livremente aceitar ou rejeitar a opção da entidade adjudicante em matéria de resolução alternativa de litígios é um exercício de pura ficção: a sua liberdade encontra-se claramente condicionada, pois, desejando participar num determinado procedimento pré-contratual em que foi efetuada tal opção, inexistente margem de não aceitação da mesma”³⁶.

Ora, no plano constitucional, mesmo que admita – ao contrário, por exemplo, da *Corte Costituzionale* italiana³⁷ - que a Constituição não impede a existência de tribunais arbitrais necessários, tal não significa que a lei possa admitir a imposição da via arbitral por ato do poder público sem que haja razões jurídicas ponderosas para justificar o afastamento da jurisdição estadual sem a correspondente convenção de arbitragem livremente acordada entre as partes. Não se esqueça de que se está a falar de uma possibilidade geral e indiferenciada de forçar um particular ao recurso à arbitragem administrativa em todo o domínio pre-contratual ou contratual e, portanto, de uma solução que não se confunde, de modo algum, com situações conhecidas de *compulsory arbitration* ou, na esfera administrativa, com exemplos do passado em que, em concretos procedimentos, se impôs aos adjudicatários “a obrigação de aceitação de cláusulas contendo soluções de tribunais *ad hoc* em cadernos de encargos de procedimentos de contratação pública”³⁸. É duvidoso, por outro lado, que o problema transversal da morosidade dos tribunais estaduais seja só por si fundamento para uma solução que permite a qualquer entidade adjudicante *exercer ou não* o ser poder de imposição unilateral da arbitragem a um operador privado. O mesmo se diga em relação à invocação dos obstáculos

34. Cfr. TIAGO SERRÃO, *Considerações sumárias sobre a arbitragem no CCP revisto*, p. 95.

35. Cfr. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A arbitragem e o artigo 476.º na revisão do CCP*, pp. 61-62.

36. Cfr. TIAGO SERRÃO, *Considerações sumárias sobre a arbitragem no CCP revisto*, p. 94.

37. Cfr. Sentenza della Corte Costituzionale n.º 127/1977 e n.º 152/1996.

38. Cfr. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A arbitragem e o artigo 476.º na revisão do CCP*, pp. 61-62 – cfr., referindo-se às “normas de duvidosa constitucionalidade” que impõem (designadamente, nos decretos-leis que aprovam as bases da concessão e nos decretos regulamentares que estabelecem o respetivo caderno de encargos tipo) a arbitragem obrigatória e sobretudo a arbitragem definitiva (e, por isso, sem admissibilidade de interposição de recurso da decisão arbitral) no domínio da contratação pública, especialmente no campo das concessões e das parcerias público-privadas, ISABEL CELESTE M. FONSECA, *A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?*, pp. 161, 165 e 168 ss..

práticos à operacionalização da arbitragem voluntária em domínios caracterizados pela existência de uma pluralidade de contrainteressados. Naturalmente, em tais domínios, afigura-se mais difícil garantir a adesão voluntária de todos à via arbitral e torna-se mais complexo o modo de escolha do colégio arbitral³⁹. Mas tais obstáculos – mais relevantes no contencioso pré-contratual do que no contencioso contratual (também abrangido pelo artigo 476.º, n.º 2, alínea b), do CCP revisto) e que, em qualquer caso, não existem apenas nas arbitragens administrativas – não constituem em geral motivo suficientemente ponderoso para forçar um modo alternativo de resolução de litígios à margem do consentimento dos privados.

Noutro plano, para além da ponderação de outros subsídios sistemáticos que se extraem do próprio CCP⁴⁰, “revela-se juridicamente problemático, face ao princípio da concorrência, devidamente conjugado com o princípio da proporcionalidade, que se vede a entrada de sujeitos a procedimentos pré-contratuais, pelo simples facto de tais participantes/concorrentes (e hipotéticos futuros cocontratantes) não concordarem com o recurso à arbitragem, no que se refere a eventuais litígios pré-contratuais e contratuais”⁴¹.

Por aqui já se vê que, não sendo o n.º 2 do artigo 476.º do CCP revisto lido no sentido de admitir uma arbitragem forçada imposta pela Administração, não se aplica o direito ao recurso para os tribunais estaduais afirmado pela jurisprudência constitucional portuguesa no âmbito das arbitragens necessárias.

III. Em qualquer caso, mesmo que se entenda que o n.º 2 do artigo 476.º do CCP revisto confere às entidades adjudicantes e aos contraentes públicos o poder de imposição *unilateral* do recurso à arbitragem e que esta arbitragem *forçada* pela entidade pública deve por imperativo constitucional ser acompanhada da previsão da possibilidade de o concorrente ou cocontratante recorrerem da decisão arbitral (à semelhança do que se passa nas arbitragens necessárias), ter-se-á de concluir que **o artigo 476.º, n.º 5, do CCP, em vez de estar constitucionalmente justificado, é pelo contrário parcialmente inconstitucional por não prever justamente “recurso de decisões arbitrais quanto a valores iguais ou inferiores a 500.000€”**⁴², privando assim as partes do direito ao recurso quando a causa não ultrapasse o referido limiar⁴³.

39. Cfr. PEDRO LEITE ALVES, *A arbitragem de Direito Público*, p. 84.

40. Cfr., sublinhando que a não adesão à convenção de arbitragem não está prevista como causa de exclusão de candidaturas ou de propostas, RICARDO GUIMARÃES, *A arbitragem e a revisão do CCP*, in RDA, 1 (2018), p. 92.

41. Cfr. TIAGO SERRÃO, *Considerações sumárias sobre a arbitragem no CCP revisto*, p. 95 – cfr. ainda, na mesma linha, com base na ideia de uma exigência desproporcional, RICARDO GUIMARÃES, *A arbitragem e a revisão do CCP*, p. 92.

42. Cfr. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A arbitragem e o artigo 476.º na revisão do CCP*, pp. 63-64.

43. Cfr. MARCO CALDEIRA, *A arbitragem no CCP revisto*, pp. 316-317 – cfr. ainda RICARDO GUIMARÃES, *A arbitragem e a revisão do CCP*, pp. 91-92; PAULO PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem administrativa e CCP: dissidentes da boa administração do interesse público*, pp. 80-81.

4

Uma disposição não imposta constitucionalmente, mas sobre uma temática constitucionalmente relevante

I. Mais relevante e complexa, ainda no plano da constitucionalidade material, é a questão de **saber se a especificidade das arbitragens administrativas não implica, à luz da própria Constituição, a abertura da via de recurso**. No passado o problema tinha menos relevância, uma vez que estava “fora de causa a arbitragem no domínio do contencioso dos atos e normas”⁴⁴. Hoje, porém, num momento em que a arbitragem de Direito Administrativo ganhou as suas “*cartas de cidadania*”⁴⁵ com o alargamento legal do âmbito da arbitrabilidade, a questão assume uma relevância fundamental.

É bem sabido que, na arbitragem voluntária em geral, cabe ao Estado definir “regras que balizem a intervenção dos tribunais arbitrais: por ser assim, não se conceberia uma solução que, em definitivo, colocasse os tribunais do Estado completa e definitivamente à margem do funcionamento em concreto da instituição arbitral. Tal equivaleria, em termos práticos, a um veredito de irrelevância jurídica das regras do Estado sobre a própria arbitragem”⁴⁶. Concretamente, no quadro jurídico em vigor, além do recurso para o Tribunal Constitucional, “a garantia de controlo estadual sobre a arbitragem passa *fundamentalmente* pela suscetibilidade de impugnação das decisões arbitrais”⁴⁷.

Uma tal solução geral pode carecer de adaptações na sua transposição para o campo das arbitragens administrativas.

Na verdade, e como pano de fundo – numa afirmação que não pode ser desenvolvida na economia deste texto –, há dois vetores fundamentais que não se podem obliterar neste contexto.

44. Cfr. ARTUR MAURÍCIO / DIMAS DE LACERDA / SIMÕES REDINHA, *Contencioso Administrativo*, Lisboa: Rei dos Livros, 1997, p. 63.

45. Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal*, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, II, Coimbra: Almedina, 2012, p. 26

46. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais*, p. 797.

47. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais*, p. 797.

Por um lado, o artigo 212.º, n.º 3, quando reserva para os tribunais administrativos a competência para “o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas”, deve ser lido “como indicação de regra geral que o legislador ordinário poderá pontuar de exceções desde que com isso não esvazie do seu âmago essencial a competência dos tribunais administrativos. Mas tais exceções têm lugar quando o legislador atribui a tribunais de outra ordem jurisdicional a competência para dirimir litígios jurídico-administrativos. Não é a mesma coisa quando (...) o legislador ordinário permite a constituição de tribunais arbitrais em domínios pertencentes ao contencioso administrativo. A repartição de matérias entre as ordens jurisdicionais não fica afetada por isso. Dir-se-ia que, consoante a matéria em que lhe cabe julgar, os tribunais arbitrais se instalam em interstícios proporcionados pela ordem jurisdicional titular de jurisdição de princípio. Cada um deles é, por assim dizer, um *alter ego* temporário e de competência pontual do tribunal institucional cujos poderes lhe são devolvidos pela convenção de arbitragem”⁴⁸.

Isto não significa, por outro lado, que se possa afirmar simplisticamente que a reserva de jurisdição administrativa só vale na relação entre tribunais administrativas e outros tribunais estaduais, não impedindo a partilha da jurisdição administrativa com a justiça privada e, portanto, não obstando à “privatização quase total da resolução de litígios” administrativos⁴⁹. Uma tal linha de argumentação não colhe, porque, justamente, se deve entender que, para efeitos do disposto no artigo 212.º, n.º 3, da Constituição, “os 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-administrativos”⁵⁰. Ou seja, “o artigo 212.º, n.º 3, da Constituição, ao definir o âmbito-regra da competência dos tribunais administrativos, deve (...) ser entendido” como “pretendendo significar que os litígios emergentes de relações jurídicas administrativas (com os desvios que forem constitucionalmente aceitáveis) poderão ser dirimidos por tribunais *administrativos* estaduais ou por tribunais *administrativos* arbitrais” (itálico meu)⁵¹.

Compreende-se, neste quadro, que a regulamentação dos tribunais *administrativos* arbitrais deva “das resposta às necessidades que decorrem das exigências de ordem pública que conformam as relações jurídicas administrativas, tanto no plano do direito substantivo,

48. Cfr. SÉRVULO CORREIA, *A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos*, in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa: Lex, 1995, p. 254, nota.

49. Cfr. PAULO PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem administrativa e CCP*, pp. 71-72.

50. Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal*, pp. 7-8.

51. CARLOS CADILHA, *Implementação de uma segunda instância arbitral?*, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos* (coord.: Carla Amado Gomes / Ricardo Pedro), Lisboa: AAFDL, 2018, p. 83.

como do direito processual”⁵². Ora, em rigor, um dos domínios em que a especificidade das arbitragens administrativas pode justificar respostas *processuais* diferenciadas é precisamente o do regime dos recursos das decisões arbitrais. Com efeito, como afirma SÉRVULO CORREIA, não se pode ignorar que, “em termos de opção legislativa, se revela difícil a ponderação entre os objetivos, ambos eles válidos, da celeridade, servida pela caráter final da primeira decisão, e da qualidade, melhor garantida pela pluralidade de instâncias”, tendo sentido buscar “soluções de concordância prática”⁵³. Daí que faça sentido que se coloque a questão de saber “que fundamentos específicos de impugnação e que recursos se devem admitir” nas arbitragens administrativas⁵⁴.

II. Assim, por exemplo, para além da questão de saber que solução se deve dar para os problemas de oposição entre duas decisões arbitrais⁵⁵ - questão que merece outrossim uma reflexão atenta -, tem sentido ponderar se “fará sentido, ou não, admitir, também na arbitragem administrativa, um recurso da decisão arbitral quando exista **contradição com jurisprudência constante dos tribunais administrativos**” estaduais⁵⁶.

Sem duvida, “não temos na nossa ordem jurídica nenhuma regra que obrigue a que as decisões judiciais sejam uniformes, ou sequer coerentes umas com as outras, nem obviamente qualquer regra de precedente”⁵⁷. Pelo contrário, vigora neste domínio o princípio constitucional da independência decisória de todo e qualquer juiz (que, nos termos do artigo 203.º da Constituição, se encontra apenas sujeito à lei).

Não significa isto, porém, que o legislador deva permanecer de braços cruzados perante o risco de proliferação de situações de desarmonia de julgados, tanto mais que, do ponto de vista constitucional, a preocupação com a previsibilidade das decisões e com a igualdade de tratamento das pessoas colocadas em idênticas condições⁵⁸ é *amiga* dos princípios constitucionais – aplicáveis também à jurisdição - da igualdade e da segurança jurídica.

Ora, na jurisdição do Estado, o sistema de recursos das decisões dos tribunais estaduais

52. Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Arbitragem de Direito Administrativo: que lições retirar do CPTA?*, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos* (coord.: Carla Amado Gomes / Ricardo Pedro), Lisboa: AAFDL, 2018, p. 18.

53. Cfr. SÉRVULO CORREIA, *A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo*, in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, 2014, p. 719.

54. Cfr. VASCO MOURA RAMOS, *Que fundamentos específicos de impugnação e que recursos se devem admitir?*, cit..

55. Cfr. VASCO MOURA RAMOS, *Que fundamentos específicos de impugnação e que recursos se devem admitir?*, p. 208.

56. Cfr. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *A arbitragem no projeto de revisão do CPTA*, pp. 115-116.

57. Cfr. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *A arbitragem no projeto de revisão do CPTA*, pp. 115-116.

58. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da inconstitucionalidade da revogação dos assentos*, in *Perspectivas Constitucionais, I*, Coimbra, 1996, p. 803.

de primeira instância para os tribunais superiores e o recurso específico de uniformização de jurisprudência mitigam o problema. Já em relação à arbitragem administrativa a questão está por resolver.

O legislador não foi insensível ao tema na arbitragem tributária. Recorde-se que o princípio da irrecorribilidade das sentenças arbitrais não prejudica, para além do recurso de constitucionalidade ou de legalidade qualificada para o Tribunal Constitucional (que decorre diretamente do artigo 280.º da Constituição), “a admissibilidade de recurso por oposição de acórdãos”⁵⁹. Dispõe a este propósito o artigo 25.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária que “a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é ainda suscetível de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo”.

Justifica-se, neste contexto, ponderar se se deve ou não criar mecanismos que visem diminuir a possibilidade de decisões arbitrais definitivas que estejam em contradição com o entendimento de tribunais superiores administrativos sobre a mesma questão fundamental de direito público^{60/61}.

59. Cfr. VASCO MOURA RAMOS, *Que fundamentos específicos de impugnação e que recursos se devem admitir?*, p. 207.

60. Cfr. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *A arbitragem no projeto de revisão do CPTA*, pp. 115-116.

61. Cfr., no sentido de que uma solução a considerar poderia ser “a da admissibilidade ex lege do recurso direto para o Supremo Tribunal Administrativo para uniformização de jurisprudência, mas apenas em caso de contradição da decisão arbitral com anterior aresto daquele tribunal e não com os dos tribunais centrais administrativos”, SÉRVULO CORREIA, *A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo*, p. 719; cfr. ainda, defendendo, por seu turno, que, “no caso de arbitragens relativas a atos administrativos, quando haja contradição com jurisprudência dos tribunais administrativos superiores relativa a uma «questão fundamental de direito» será adequado estabelecer um recurso desta natureza para o STA”, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *A arbitragem no projeto de revisão do CPTA*, p. 116.

III. A reflexão sobre o papel do duplo ou triplo grau de jurisdição nas arbitragens administrativas não se esgota necessariamente no recurso para uniformização de jurisprudência.

A própria doutrina, nas diversas posições que têm sido assumidas pelos autores, tem estado atenta ao tema. Alguns exemplos ilustram bem a diversidade de perspectivas neste domínio. Há quem admita, como SÉRVULO CORREIA, que se opte por uma solução que consista “na admissibilidade de recurso para o Tribunal Central Administrativo territorialmente competente quando o valor da causa exceda o da alçada deste tribunal”⁶², ou quem considere, como VASCO MOURA RAMOS, “prudente, em sede de *arbitragem administrativa*, e dada a natureza dos interesses aqui em causa, a solução adotada na LAV de 1986” e, portanto, advogue a consagração da “*regra da admissibilidade da interposição de recursos ordinários*, muito embora com expressa admissão de possibilidade de renúncia aos mesmos pelas partes”⁶³. Outros autores, como CARLOS CADILHA, exploram a via da “impugnação perante tribunais arbitrais de segunda instância”⁶⁴, refletindo sobre “a possibilidade de submeter a apreciação do mérito de uma decisão arbitral a uma segunda instância arbitral”⁶⁵, sublinhando que “a instituição de uma segunda instância arbitral poderá justificar-se como forma de preservar as vantagens normalmente associadas à arbitragem (eficiência e celeridade processuais, especialização dos árbitros, informalidade do processo arbitral), permitindo garantir o direito ao recurso, quando este seja exigível, sem os constrangimentos e delongas que sempre poderiam ocorrer quando o recurso houvesse de ser interposto perante a jurisdição estadual”⁶⁶. Noutro plano, ROBIN DE ANDRADE e PEDRO GONÇALVES preferem antes enfatizar o facto de, mesmo antes da revisão⁶⁷ do CCP, “as sentenças arbitrais em matéria administrativa, gozando da mesma definitividade e imperatividade que as sentenças dos tribunais (estaduais) administrativos transitadas em julgado”, já podiam “ser objeto de dois tipos especiais de recurso, que igualmente estão previstos para as sentenças dos tribunais estaduais transitadas em julgado:

62. Cfr. SÉRVULO CORREIA, *A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo*, p. 719.

63. Cfr. VASCO MOURA RAMOS, *Que fundamentos específicos de impugnação e que recursos se devem admitir?*, pp. 211-212.

64. Cfr. PAULA COSTA E SILVA, *Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português*, pp. 189-190.

65. Cfr. CARLOS CADILHA, *Implementação de uma segunda instância arbitral?*, pp. 83 ss.

66. Cfr. CARLOS CADILHA, *Implementação de uma segunda instância arbitral?*, pp. 83 ss.

67. Cfr. ROBIN DE ANDRADE, *Publicidade e Impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa (o projeto de revisão do CCP e a nova LAV)*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano VII (2014), p. 26.

o recurso para o Tribunal Constitucional e o recurso de revisão”, ou sublinhar que “o caráter alternativo da jurisdição arbitral explica a exclusão dos recursos das decisões arbitrais”, pois uma tal “dimensão alternativa envolve, como *decorrência lógica e natural*, a aceitação da possibilidade de exclusão dos recursos das decisões arbitrais”⁶⁸.

IV. As diversas possibilidades que se abrem mostram bem que, se por um lado não estamos, de modo algum, perante uma legislação a *rime obbligate*, por outro, **a solução a adotar deve ser amplamente discutida e cuidadosamente ponderada pelo legislador democrático** e na sede própria.

68. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais*, pp. 782-783.

5

Uma norma organicamente inconstitucional

I. O texto atual da **alínea p) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição** dispõe que a “*organização e competência dos tribunais e do Ministério Público e estatuto dos respetivos magistrados, bem como das entidades não jurisdicionais de composição de conflitos*”, integra a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República.

II. Não oferece hoje dúvidas de que **os tribunais arbitrais integram a categoria de tribunais** na nossa ordem constitucional (como resulta do artigo 209.º, n.º 2, da Constituição).

É certo que, antes de 1982 (quando a Constituição passou a prever a possibilidade da existência de tribunais arbitrais) e de 1989 (ao incluir na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República a “*organização e competência (...) das entidades não jurisdicionais de composição de conflitos*”), a questão era controversa. Como se pode ler na síntese do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 102/2016, o texto constitucional inicial “possibilitava uma interpretação segundo a qual os tribunais arbitrais não podiam, sem mais, ser considerados abrangidos pela reserva da competência da Assembleia da República”.

Todavia, mesmo nessa altura, na linha do voto de vencido subscrito, no Acórdão n.º 230/1986, pelos Conselheiros Cardoso da Costa e Messias Bento, já se podia entender que a reserva parlamentar em matéria de organização e competência dos tribunais “«ainda aí opera indiretamente, na medida em que exige uma intervenção da Assembleia da República sempre que a legislação sobre” tribunais arbitrais “afete ou contenda com a definição da competência dos tribunais estaduais (...)»». O subsequente Acórdão n.º 32/1987 veio retomar o debate, parecendo mais sensível à tese que havia anteriormente ficado vencida (...): «sempre haverá de entender-se que a reserva (...) não pode deixar de operar quanto à legislação sobre tribunais arbitrais (voluntários ou necessários) sempre que essa legislação afete ou contenda com a definição da competência dos tribunais estaduais»⁶⁹.

Seja como for, como se lê ainda no resumo do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 102/2016, nessa altura “estávamos numa época em que ainda existia controvérsia acerca da natureza dos tribunais arbitrais e do seu relacionamento com os tribunais do Estado”⁷⁰. Sucede

69. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 102/2016.

70. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 102/2016.

que com a inclusão em 1982 dos tribunais arbitrais na enumeração das categorias de tribunais e com a introdução, em 1989, de uma alteração na atual alínea p) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP no sentido de que a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República valia, não apenas em matéria de “*organização e competência dos tribunais e do Ministério Público*”, mas também “*das entidades não jurisdicionais de composição de conflitos*”, tornou-se “inequívoca a competência reservada da Assembleia da República quanto à organização e competência de entidades (...) como os tribunais arbitrais”⁷¹. Numa palavra: tornou-se inquestionável “a competência reservada da Assembleia da República quanto à organização e competência de (...) tribunais arbitrais”⁷².

III. A reserva parlamentar em matéria de *organização e competência dos tribunais arbitrais* não vale, ainda assim, ilimitadamente.

Por um lado, e numa perspetiva geral, o Tribunal Constitucional tem o entendimento reiterado segundo o qual, “para que se afirme a inconstitucionalidade orgânica não basta que nos deparemos com produção normativa não autorizada do Governo em determinado domínio onde este órgão só poderia intervir com credencial parlamentar bastante. Com efeito, o facto de o Governo aprovar atos normativos respeitantes a matérias inscritas no âmbito da reserva relativa de competência da Assembleia da República não determina, por si só e automaticamente, a invalidação das normas que assim decretam, por vício de inconstitucionalidade orgânica”. Basta que “*se demonstre que tais normas não criaram um ordenamento diverso do então vigente, limitando-se a retomar e a reproduzir substancialmente o que já constava de textos legais anteriores emanados do órgão de soberania competente*”⁷³.

Por outro lado, quanto ao alcance específico da alínea p) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição, “o domínio desta reserva parlamentar *não abrange as estatuições que assumam simples carácter «processual» ou «adjectivo»*”⁷⁴. Aliás, mesmo em relação às disposições que regem diretamente a *competência em razão da hierarquia ou funcional*, o Tribunal tem entendido que, nestes casos, está tendencialmente em causa apenas “a repartição de funções entre ordem da mesma espécie ou categoria e dentro da mesma causa”, limitando-se o legislador a determinar que cabe aos tribunais superiores «*julgar recursos*», dependendo “a subsequente determinação dos casos em que tem lugar recurso (...) de normas que, em primeira linha, disciplinam requisitos ou pressupostos de admissibilidade de recursos e não de normas de competência propriamente ditas, embora delas resulte, indiretamente, a delimitação dos casos de interven-

71. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 102/2016.

72. CFR. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, II, Coimbra Editora, 2010, p. 332.

73. Cfr., por exemplo, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 211/2007, 145/2009 e 271/2017.

74. Cfr., por exemplo, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/98.

ção dos tribunais superiores. Ora”, segundo a jurisprudência do Palácio Ratton, “essas normas definidoras de condições de admissibilidade de recursos são normas de indiscutível carácter processual e só num plano mediato se repercutem na delimitação da competência dos tribunais superiores – escapando, portanto, ao âmbito da reserva parlamentar”⁷⁵.

IV. Alguns autores desvalorizam a relevância do novo regime consagrado no artigo 476.º do CCP revisto. **Aparentemente, o regime ora contido no CCP revisto seria um mero desenvolvimento do CPTA**⁷⁶, não versando sobre “questões de «organização e competência» de tribunais arbitrais em matéria administrativa, pois a parte do regime relativa a esses aspetos já decorre do CPTA e de outras disposições legais”⁷⁷.

V. Recusa-se energicamente essas leituras desvalorizadoras do relevante significado da inovação plasmada no n.º 5 do artigo 476.º do CCP. Pelo contrário, ao longo das páginas anteriores, procurou-se justamente demonstrar que se está perante uma substancial inovação, claramente em contraciclo legislativo e num domínio constitucionalmente sensível e que carece, por isso, de reflexão ponderada pelo legislador democraticamente legitimado e competente para o efeito.

Ora, não sofre contestação séria que o artigo 165.º, n.º 1, alínea p), da Constituição compreende pelo menos “as *modificações de competência judiciárias (competência material ou territorial) que não tenham carácter meramente processual*”⁷⁸ – incluindo portanto modificações à “distribuição das matérias pelas diferentes espécies de tribunais”⁷⁹. Já vimos, por outro lado, que, mesmo antes de 1989, já havia quem entendesse que a reserva parlamentar compreendia seguramente disposições que “estabeleçam o tipo de conexão que há-de interceder entre os tribunais do Estado e os tribunais arbitrais”⁸⁰. Enfim, dificilmente se pode contestar que a discussão em torno da recorribilidade das decisões dos tribunais arbitrais constitui uma das questões essenciais “em que se manifesta de maneira mais saliente a equação entre *a soberania judicial do Estado e a autonomia dos tribunais arbitrais*”⁸¹.

75. Cfr., por exemplo, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 250/95.

76. Cfr. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem e contratação pública – brevíssimas notas*, p. 57 – cfr., ainda, afirmando que não há inconstitucionalidade orgânica do artigo 476.º do CCP, pois este “regime em nada inova face ao CPTA, que, por sua vez, já tinha sido aprovado na sequência de uma autorização parlamentar”, JOÃO MIRANDA, *Arbitragem no âmbito do CCP*, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos* (coord.: Carla Amado Gomes / Ricardo Pedro), Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 324-325.

77. Cfr. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A arbitragem e o artigo 476.º na revisão do CCP*, p. 64.

78. Cfr., por exemplo, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/98 – cfr. ainda Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 145/2009 e 271/2017.

79. Cfr., por todos, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 403/2008, 300/2009 e 600/2009.

80. Cfr., referindo-se ao voto de vencido subscrito, no Acórdão n.º 230/1986, pelos Conselheiros Cardoso da Costa e Messias Bento e ao Acórdão n.º 32/1987, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 102/2016.

81. Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (COORD.), *Lei de Arbitragem Voluntária comentada*, p. 469.

Pode, pois, concluir-se que o n.º 5 do artigo 476.º do CCP revisto, ao determinar que, “nos litígios de valor superior a € 500.000, da decisão arbitral cabe recurso para o tribunal administrativo competente (...)”, viola a reserva de competência legislativa da Assembleia da República plasmada na alínea p) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição⁸².

VI. Significativamente, e sem com isto querer legitimar uma inversão metodológica através de uma interpretação da Constituição em conformidade com a lei, o próprio legislador ordinário, quando procedeu à **revisão do CPTA em 2015**, sentiu necessidade de plasmar, na densificação da respetiva lei de autorização, que o Governo ficava autorizado no âmbito das arbitragens administrativas, não apenas a “rever o regime da constituição e funcionamento de tribunais arbitrais, introduzindo a previsão de que podem ser submetidas ao julgamento desses tribunais questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução, e, salvo determinação legal em contrário, questões respeitantes à validade de atos administrativos, em que os árbitros decidem estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar -se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade”, mas também a prever “a impugnação das decisões arbitrais nos termos e com os fundamentos estabelecidos na Lei de Arbitragem Voluntária, a forma da publicidade das sentenças arbitrais e a enunciação das matérias jurídico-administrativas que poderão ser julgadas nos centros de arbitragem autorizados pelo Estado” (alíneas kkkkk) e lllll) do artigo 2.º da Lei n.º 100/2015, de 19 de agosto).

VII. Em suma, **cabe ao legislador parlamentar legitimado democraticamente aproveitar esta oportunidade para refletir maduramente sobre o papel dos recursos das decisões arbitrais – e, em última análise, da própria arbitragem – nos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas.** Haja esperança de que a lei não desperdice esta oportunidade...

82. Cfr. RUI MEDEIROS, *Stress tests à revisão do CCP*, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: AAFDL, 2017, pp. 60 ss.

Cadernos Sérvulo

de Contencioso Administrativo e Arbitragem

Através da coleção “Cadernos Sérvulo” pretendemos tornar acessível por via eletrónica aos nossos clientes e parceiros, bem como à comunidade jurídica em geral, alguns textos que, nascidos do nosso exercício da advocacia, assumem uma dimensão que vai para além do caso concreto. Por isso mesmo, os “Cadernos Sérvulo” destinam-se a acolher trabalhos (ou parte deles) que, sem quebra do sigilo profissional nem relação com causas pendentes, aliem a vertente da investigação científica com a da relevância prática.

No domínio do Direito Público os “Cadernos Sérvulo” abrangem, entre outras áreas, as do Direito Administrativo Geral, do Direito dos Contratos Públicos, dos Direitos da Energia e do Urbanismo e do Contencioso Administrativo e Arbitragem. Mas isto sem esquecer que, nos nossos dias, o Direito Administrativo é “Direito Constitucional concretizado”.

Os trabalhos publicados vinculam apenas os respetivos autores que, através deles, procuram ordenar conhecimentos dispersos ou ir mais além, dando respostas inovatórias a velhos e novos reptos colocados pela prática do direito.

