

A Representação das Pessoas Coletivas Públicas na Arbitragem Administrativa

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA*

I. A Representação nos Processos Tramitados nos Tribunais Administrativos

1. Representação em juízo e patrocínio judiciário do Estado e das demais pessoas coletivas públicas

1. A *arbitragem administrativa*, à qual se reporta o presente estudo, é a arbitragem voluntária permitida pelo artigo 180.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA). A expressão utilizada para deste modo designar um instituto processual faz sentido porquanto se trata de arbitragem desenvolvida para julgamento de questões pertencentes à jurisdição dos tribunais administrativos. Regra geral, isso significa, no plano substantivo, que a composição arbitral tem por objeto litígios emergentes de relações jurídico-administrativas e as dirime com aplicação de normas desta natureza. Deixamos portanto de lado quer a arbitragem necessária, que tende a ter um regime processual especial, quer a arbitragem de litígios de direito privado do Estado e de outras pessoas coletivas de direito público.

2. Na enunciação do objeto do presente estudo, não conseguimos desenredar-nos por completo das dificuldades que coloca a distinção entre *representação em juízo* e *representação processual*, *respeitante ao*

* Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Sócio, Sérvulo & Associados.

patrocínio judiciário. É assim porque, embora na maioria das vezes as duas posições funcionais não coincidam, a sobreposição também ocorre em alguns casos.

Como explicam MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *a representação em juízo* de uma pessoa coletiva faz-se através do respetivo órgão dotado de competência para exprimir a vontade imputável ao ente. É assim que o artigo 35.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, contendo o *Regime Jurídico das Autarquias Locais, das Entidades Intermunicipais e do Associativismo Autárquico*, confere ao presidente da câmara municipal a função de representar o município em juízo e fora dele. Significa isso que, além de lhe caber definir em termos gerais a posição a assumir na lide, lhe compete também a nomeação da pessoa ou pessoas a quem caberá *a representação processual* da pessoa coletiva ou, por outras palavras, o *patrocínio judiciário* em relação a ela¹. A epígrafe do atual artigo 11.º do CPTA pareceria refletir esta distinção de posições ao intitular «Patrocínio judiciário e representação em juízo». No entanto, quando se percorrem os números que o compõem, verifica-se que as expressões *representação no processo* e *representação em juízo* são usadas com o mesmo sentido e na aceção de patrocínio judiciário.

Em contrapartida, na versão do projeto de revisão do CPTA divulgada em 2014 para discussão pública, o preceito aparece diferentemente equigrafado como «Patrocínio judiciário e representação pelo Ministério Público». E, ao passo que, no n.º 2, se estatui que «As entidades públicas podem fazer-se patrocinar por advogado ou por licenciado em Direito com funções de apoio jurídico...», o n.º 3 dispõe que «Nas ações propostas contra o Estado em que o pedido principal tenha por objeto relações contratuais ou de responsabilidade, o Estado é representado pelo Ministério Público, sem prejuízo da possibilidade de patrocínio por advogado, mediante decisão devidamente fundamentada, cessando a intervenção principal do Ministério Público logo que aquele esteja constituído». A ilação (resultante da contraposição com o exercício de *patrocínio* por advogado) de que a função do Ministério Público excede o patrocínio para englobar a *representação* do Estado em juízo é confirmada pelo n.º 4 do mesmo artigo 11.º do projeto de revisão do CPTA, quando determina que a citação do Estado seja feita ao Ministério Público.

¹ Mário Aroso de Almeida/Carlos Cadilha, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 105 s.

2. Representação pelo Ministério Público e representação do Ministério Público

3. Em suma, pois, nas ações em que representa o Estado, o Ministério Público não é o patrono ao serviço de um terceiro, mas um órgão do Estado através do qual este se posiciona no processo. A intervenção no processo administrativo feita diretamente através de um órgão da pessoa coletiva pública que nele é parte não é uma novidade no processo administrativo português. Até ao início da vigência do CPTA, as respostas nos recursos contenciosos de anulação diretamente interpostos para o STA eram subscritas pelo órgão autor do ato impugnado não obstante o patrocínio por advogado². Tratava-se provavelmente da influência do Contencioso Administrativo francês onde, ainda hoje, não obstante o princípio geral da obrigação de recurso a advogado, a Administração Pública intervém nos processos, consoante os casos, através de um ministro (ou daquele em quem ele tiver delegado esse poder), de diretores ou funcionários das administrações em litígio, de agentes do Tesouro ou de prefeitos³.

A competência agregada de representação em juízo e de representação processual é conferida pelo *Estatuto do Ministério Público*, aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, alterada pela Lei n.º 60/98, de 27 de agosto (EMP)⁴. Nos termos do respetivo artigo 3.º, n. 1.º, compete especialmente ao Ministério Público:

«a) Representar o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais ...;

e) Assumir, nos casos previstos na lei, a defesa de interesses coletivos e difusos;»

Este preceito deve ser lido em conjunto com outros dois mais recentes. Um destes é o artigo 51.º do *Estatuto dos Tribunais Administrativos*

² Veja-se o n.º 2 do artigo 26.º da *Lei de Processo nos Tribunais Administrativos* (LPTA), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de julho.

³ Chapus, *Droit du Contentieux Administratif*, 12.ª ed., Paris, Montchrestien, 2006, pp. 184, 433 e 448 a 450.

⁴ O EMP foi novamente revisto pela Lei n.º 9/2011, de 12 de abril. Mas, nessa alteração, não foram tocados os preceitos de que aqui tratamos.

e *Fiscais*, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro (ETAF). Segundo tal preceito,

«Compete ao Ministério Público representar o Estado, defender a legalidade democrática e promover a realização do interesse público, exercendo, para o efeito, os poderes que a lei processual lhe confere.»

Merece ser sublinhado que nenhum dos preceitos citados articula minimamente a função de representação do Estado posta a cargo do Ministério Público, quer com as ordens jurisdicionais quer com quaisquer formas de processo ou quaisquer tipos de litígios em razão da matéria. O único que o faz, de um modo enviesado ou quase incidental, é, na sua versão ainda em vigor, o n.º 2 do artigo 11.º do CPTA, quando dispõe que «sem prejuízo da representação do Estado pelo Ministério Público nos processos que tenham por objeto relações contratuais e de responsabilidade, as pessoas coletivas de direito público ou os ministérios podem ser representados em juízo por licenciado em Direito com funções de apoio jurídico ...».

Para bem entender este preceito, deve ter-se presente que ele introduz uma exceção ao n.º 1 do mesmo artigo 11.º, que enuncia o princípio da obrigatoriedade de constituição de advogado nos processos da competência dos tribunais administrativos. Significa isto que a imposição da representação do Estado pelo Ministério Público nos processos que tenham por objeto relações contratuais e de responsabilidade respeita apenas a processos da competência dos órgãos da justiça administrativa. Concluir sobre se este imperativo abrange também os processos arbitrais que tenham por objeto relações contratuais ou de responsabilidade do Estado depende da interpretação da passagem em causa. A resposta será negativa se a expressão «processos da competência dos tribunais administrativos» significar os processos que correm seus termos perante tais tribunais. E a resposta será positiva se a expressão for lida com o significado de processos nos quais se decida sobre pretensões próprias do âmbito material da jurisdição administrativa. Dado que o artigo 181.º, n.º 1, do CPTA remete a regulação do processo arbitral para a lei sobre arbitragem voluntária, somos de parecer que o artigo 11.º (isto é, algumas das suas passagens) serviria quando muito para efeito de preenchimento por analogia de lacunas da LAV no domínio da arbitragem administrativa. Mas, se são passíveis de interpretação

extensiva, as normas de competência não servem de objeto de raciocínio analógico⁵.

Em suma, a primeira parte do n.º 2 do artigo 11.º do CPTA, que estabelece uma competência de representação do Estado pelo Ministério Público, não abrange os processos da arbitragem administrativa. Esta conclusão corresponde, aliás, a uma prática bem firmada: tanto quanto saibamos, não se tem levantado entre nós, por ocasião dos processos arbitrais administrativos nos quais o Estado intervém como parte, a questão da necessidade da representação deste pelo Ministério Público.

4. Não basta, porém, afirmar que o Ministério Público representa o Estado em juízo, perante os tribunais administrativos, nas ações que tenham por objeto relações contratuais e de responsabilidade. Como órgão complexo que é⁶, o Ministério Público tem por seu turno órgãos, cabendo ao legislador a tarefa de distribuir entre alguns destes a representação do Ministério Público nos tribunais dos diversos níveis hierárquicos da Ordem Jurisdicional Administrativa. É esse o objeto do artigo 52.º, n.º 1, do ETAF, em cujos termos o Ministério Público é representado:

- a) No Supremo Tribunal Administrativo, pelo Procurador-Geral da República, que pode fazer-se substituir por procuradores-gerais-adjuntos;
- b) Nos tribunais centrais administrativos, por procuradores-gerais-adjuntos;
- c) Nos tribunais administrativos de círculo e nos tribunais tributários, por procuradores da República.

⁵ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 1973, p. 134; Sérvulo Correia, «Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites», in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, I, Coimbra, Almedina, 2012, p. 402.

⁶ Sobre órgãos complexos, ou seja, aqueles cuja estrutura é diferenciada, sendo constituídos por titulares que exercem também competências próprias a título individual, v. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1994, p. 594; Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht*, Vol. 3, 5.ª ed., Munique, C. H. Beck, 2004, pp. 250 e 251.

A lei não faz qualquer referência à representação do Ministério Público perante tribunais arbitrais.

3. Intervenção principal e intervenção acessória do Ministério Público

5. No artigo 5.º do EMP, caracterizam-se dois modos de intervenção do Ministério Público nos processos: a intervenção principal e a intervenção acessória.

Quando o Ministério Público representa o Estado, trata-se de *intervenção principal* [n.º 1, alínea a)]. Para efeitos de Contencioso Administrativo, não é esta a única intervenção principal prevista no artigo 5.º do EMP. Segundo o mesmo n.º 1 do artigo 5.º, ela ocorre também quando o Ministério Público representa as Regiões Autónomas e as autarquias locais [alínea b)] e quando representa interesses coletivos ou difusos [alínea e)]. Entre a intervenção principal em representação do Estado, de um lado, e a intervenção principal em representação das Regiões Autónomas e das autarquias locais, há, porém, uma grande diferença. Esta resulta do n.º 2 do mesmo artigo 5.º do EMP, em cujos termos: «Em caso de representação de região autónoma ou de autarquia local, a intervenção principal cessa quando for constituído mandatário próprio.» Deste preceito, extrai-se a ilação de que a representação do Estado é obrigatória, enquanto a das regiões autónomas e das autarquias locais pode ser afastada por vontade dos órgãos competentes destas pessoas coletivas, que a manifestam através da constituição de mandatário no processo.

Como se observou, porém, uma coisa é a determinação legislativa do carácter obrigatório da representação do Estado em juízo pelo Ministério Público, que resulta da contraposição entre os números 1 e 2 do artigo 5.º do EMP. Outra coisa é a especificação dos processos em que deve ter lugar tal intervenção principal. Mas aquela, nem o EMP nem o ETAF a fazem, tornando-se necessário ir buscá-la ao ainda atual n.º 2 do artigo 11.º do CPTA.

Na prática, o Ministério Público não tem, em contrapartida, intervindo em representação de regiões autónomas ou de autarquias locais, talvez porque estas constituem habitualmente mandatário próprio. Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha opinam que o artigo 51.º do ETAF, que circunscreve a representação processual pelo Ministério Público aos processos em que seja parte o Estado, poderá ter revogado a alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º do EMP, que prevê a representação das regiões autónomas e das autarquias locais. Não se encontraria, entretanto, excluída assim

a intervenção acessória do Ministério Público quanto àquelas pessoas coletivas públicas de âmbito territorial⁷.

6. Cumpre ainda assinalar o regime estabelecido quanto à intervenção do Ministério Público pela *Lei-Quadro dos Institutos Públicos – LQIP* – (Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro, ultimamente alterada e republicada pelo Decreto-Lei n.º 5/2012, de 17 de janeiro). Este diploma estabelece uma sequência de certo modo inversa à fixada no EMP quanto à representação das regiões autónomas e das autarquias locais pelo Ministério Público. De acordo com o respetivo artigo 21.º, n.º 1, alínea n), compete ao conselho diretivo constituir mandatários do instituto público, em juízo e fora dele. Não obstante, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo 21.º, o conselho diretivo «pode sempre optar por solicitar o apoio e a representação em juízo por parte do Ministério Público, ao qual competirá, nesse caso, defender os interesses do instituto».

Portanto, ao contrário daquilo que sucede com as regiões autónomas e as autarquias locais, não há uma intervenção principal – regra por parte do Ministério Público. Pelo contrário, em princípio, o instituto público será patrocinado em juízo por mandatário constituído para o efeito. Mas assiste ao conselho diretivo a faculdade de solicitar a representação em juízo pelo Ministério Público. Concordamos com a tese sustentada no *Parecer n.º 7/2014 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (Diário da República, 2.ª série – n.º 126 – 3 de julho de 2014)*, segundo a qual se trata aqui tão-só de verdadeiro e próprio patrocínio judiciário, desencadeado pelo exercício de um direito potestativo pelo instituto público, e não de uma representação em sentido estrito. É isso aquilo que resulta da circunstância de serem os institutos as entidades citadas nas pessoas dos respetivos titulares máximos dos órgãos executivos (artigo 21.º, n.º 3, da LQIP). Pelo contrário, nas ações contra o Estado, este é citado na pessoa do procurador junto do tribunal competente. É por isso – argumenta-se no parecer – que o Estado não pode afastar a representação pelo Ministério Público⁸.

⁷ Aroso de Almeida/Cadilha, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 109.

⁸ *Parecer n.º 7/2014 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República*, cit., p. 17295.

7. A *intervenção acessória* do Ministério Público aparece regulada no n.º 4 do artigo 5.º do EMP. De acordo com a alínea a) deste preceito, o Ministério Público intervém nos processos acessoriamente quando, não havendo intervenção principal nas situações elencadas no n.º 1, sejam nomeadamente interessadas na causa as Regiões Autónomas, as autarquias locais, «outras pessoas coletivas de utilidade pública»⁹, ou a ação vise a realização de interesses coletivos ou difusos. Este preceito enferma de um óbvio erro de conceção: não se vê que, havendo intervenção acessória sempre que regiões autónomas ou autarquias locais sejam parte em processo sem que o Ministério Público as represente, o mesmo não suceda com o Estado. E são várias as situações em que o Estado pode ser parte em processos do Contencioso Administrativo sem que o Ministério Público o represente ou ocupe ele próprio a posição de autor em ação pública.

O artigo 6.º do EMP dispõe sobre a finalidade e os termos processuais da intervenção acessória do Ministério Público. De acordo com o n.º 1, o Ministério Público intervém acessoriamente a fim de zelar «pelos interesses que lhe estão confiados», promovendo para tanto o que tiver por conveniente. Segundo o n.º 2, «os termos da intervenção são os previstos na lei de processo». À luz da perspectiva do presente estudo, importam-nos os termos previstos na lei processual administrativa. Dado, porém, que, no Código de Processo Civil, se evidencia uma mais clara conexão com a remissão operada a partir do artigo 6.º, n.º 2, do EMP, interessa um breve relance por aquele Código a fim de melhor poder entender que tipo de atuação processual o legislador contempla sob o conceito vago de *intervenção acessória*.

No seu n.º 1, o artigo 325.º do Código de Processo Civil começa precisamente por se reportar à «Lei Orgânica» do Ministério Público, estatuidando que, sempre que, nos respetivos termos, houver lugar a intervenção acessória na causa, a pendência da ação será oficiosamente notificada ao Ministério Público. No n.º 2 do mesmo artigo 325.º, começa por se repetir o disposto no artigo 6.º, n.º 1, do EMP, quanto à orientação da intervenção acessória pelo fim de zelar pelos interesses confiados ao Ministério Público. O preceito contribui para uma maior precisão

⁹ A referência a *outras* pessoas coletivas de utilidade pública envolve, a nosso ver, um patente erro de Direito. No Direito Administrativo português, as pessoas coletivas de utilidade pública são pessoas coletivas de direito privado. O emprego da palavra *outras*, após a menção às Regiões Autónomas e às autarquias locais, mostra que o legislador quis referir as outras pessoas coletivas de direito público.

do disposto no artigo 6.º do EMP, ao especificar que os poderes que o Ministério Público poderá exercer para o efeito são aqueles «que a lei processual confere à parte acessória». Determina-se ainda, no n.º 3 do artigo 325.º, que o Ministério Público seja «notificado para todos os atos e diligências, bem como de todas as decisões proferidas no processo, nos mesmos termos em que o devam ser as partes na causa». Confere-se-lhe, além disso, «legitimidade para recorrer quando o considere necessário à defesa do interesse público ou dos interesses da parte assistida». Por fim, no n.º 4 do artigo 325.º, dispõe-se que «até à decisão final e sem prejuízo das preclusões previstas na lei de processo, pode o Ministério Público, oralmente ou por escrito, alegar o que se lhe oferecer em defesa dos interesses da... entidade assistida».

Ao contrário do Código de Processo Civil, o CPTA não faz – na versão ainda em vigor – qualquer referência à figura da intervenção acessória do Ministério Público, tal como gizada nos artigos 5.º e 6.º do EMP¹⁰. Cabe assim perguntar como se aplica tal figura no processo administrativo desenrolado sob a jurisdição dos tribunais administrativos. Por outras palavras, a questão consiste em saber quais são, para efeito da remissão operada pelo artigo 6.º, n.º 2, do EMP, os «termos da lei de processo» administrativo.

Em face da versão ainda não revista do CPTA, a resposta diverge consoante se trate da ação administrativa comum ou da ação administrativa especial.

Na *ação administrativa comum* na qual tomem parte regiões autónomas, autarquias locais, outras pessoas coletivas públicas, ou nas quais se vise a realização de interesses coletivos ou difusos e nas quais o Ministério Público não exerça intervenção principal, a sua intervenção acessória reger-se-á pelo artigo 325.º do Código de Processo Civil por força da remissão operada pelo artigo 35.º, n.º 1, do CPTA. A maior dúvida levanta-se relativamente às ações administrativas comuns em que seja parte o Estado e que não tenham por objeto relações contratuais ou

¹⁰ No novo n.º 3 do artigo 11.º do projeto de revisão do CPTA, estatui-se que, nas ações propostas contra o Estado em que o pedido principal tenha por objeto relações contratuais ou de responsabilidade, aquele pode optar pelo patrocínio de advogado, mediante decisão devidamente fundamentada, cessando a intervenção principal do Ministério Público logo que o mandatário esteja constituído. Uma vez que se não diz pura e simplesmente que cessa a intervenção, mas, antes, a intervenção principal, é lícito concluir que se passará à intervenção acessória. Mas o projeto não emprega esta expressão e não se reporta ao EMP, nem mesmo quando, no artigo 85.º, versa a «Intervenção do Ministério Público».

de responsabilidade. Esses outros objetos podem ser de diversa ordem, como se vê pelo elenco do n.º 2 do artigo 37.º do CPTA. Constitui sem dúvida uma discrepância sistêmica a circunstância de não se achar prevista a intervenção acessória do Ministério Público em todas essas ações em que não representa o Estado, quando o artigo 5.º, n.º 4, do EMP o faz relativamente aos processos em que sejam parte outras pessoas coletivas públicas. A verdade, porém, é que, não havendo norma que estabeleça para tal efeito a competência de intervenção acessória do Ministério Público, tal competência inexistente. O problema desaparecerá se for avante a neste momento projetada substituição do modelo processual dualista, escorado nas formas da ação administrativa comum e da ação administrativa especial, para dar lugar a uma única *ação administrativa*.

No que toca à ainda vigente *ação administrativa especial*, deve entender-se que os termos da intervenção acessória do Ministério Público previstos na lei de processo, para os quais remete o n.º 2 do artigo 6.º do EMP, são os do artigo 85.º do CPTA. Esta norma regula precisamente a «intervenção do Ministério Público». De acordo com o respetivo n.º 1, no momento da citação da entidade demandada e dos contrainteressados, é fornecida ao Ministério Pública cópia da petição e dos documentos que a instruem. Por seu turno, o Ministério Público pode, nos termos do n.º 2, solicitar a realização de diligências instrutórias, bem como pronunciar-se sobre o mérito da causa, em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de interesses públicos especialmente relevantes ou de algum dos bens e valores que, nos termos do n.º 2 do artigo 9.º, podem ser defendidos em ação popular ou ação pública. Nos processos impugnatórios, pode ainda vir o Ministério Público invocar causas de invalidade diversas das que tenham sido arguidas na petição (n.º 3), ou suscitar quaisquer questões que determinem a nulidade ou inexistência do ato impugnado (n.º 4).

No projeto de revisão do CPTA divulgado para efeito de discussão pública, o artigo 85.º sobre «intervenção do Ministério Público» passa a abranger a nova *ação administrativa*, na qual se fundem as atuais ações administrativas comum e especial. Teremos, pois, aí, a fonte de uma intervenção acessória do Ministério Público em todas as ações principais não urgentes do Contencioso Administrativo nas quais o Estado seja parte sem ser representado pelo Ministério Público. O prazo para o Ministério Público deduzir esta intervenção é alargado em relação ao atualmente previsto para a ação administrativa especial.

4. O alcance da referência constitucional à representação do Estado pelo Ministério Público

8. Reza o n.º 1 do artigo 219.º da Constituição que «Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como ... defender a legalidade democrática». A enunciação de uma competência de representação é extremamente genérica. O texto não diz quais as matérias a que respeitará a representação, nem quais as circunstâncias – nomeadamente os tipos de processo – em que esta se desenvolverá. No tocante à representação processual, também o EMP não especifica quais, de entre os processos em que o Estado seja parte, dão lugar à intervenção principal do Ministério Público a título de representação em juízo. Para efeitos do Contencioso Administrativo, tal indicação só surge (como se relatou já) no n.º 2 do artigo 11.º do CPTA, quando este preceito exceciona da representação processual por advogado ou por licenciado em Direito com funções de apoio jurídico a representação do Estado pelo Ministério Público nos processos que tenham por objeto relações contratuais e de responsabilidade.

Ainda no tocante ao preceito do artigo 219.º, n.º 1, da Constituição, merece ser sublinhado que duas das funções ali atribuídas ao Ministério Público (a representação do Estado e a defesa da legalidade democrática) não são compatíveis nos casos concretos: esta defesa impõe ao Ministério Público – nos casos em que o legislador previr a ação pública – a impugnação de atos administrativos, normas regulamentares e contratos administrativos, nomeadamente os contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos. Quando em ações nas quais se cumulem pedidos impugnatórios com pedidos de conformação contratual e/ou pedidos indemnizatórios ou, ainda, com pedidos de declaração do teor de situações controvertidas, a parte demandada seja o Estado, é patente que não pode ser o Ministério Público a exercer a ação pública e, simultaneamente, representar o Estado no processo¹¹.

Em suma, nem a Constituição diz que o Ministério Público representa o Estado em *todos* os processos, nem poderia fazê-lo ao mesmo tempo

¹¹ Sobre estas situações, v. Sérvulo Correia, A Reforma do Contencioso Administrativo E As Funções Do Ministério Público, in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 317.

que lhe confia a missão da defesa da legalidade democrática em juízo. A delimitação dos campos próprios do exercício de cada uma destas duas funções sempre teria de caber, portanto, ao legislador ordinário. Teria sido natural que o tivesse feito no próprio EMP. Mas assim não sucedeu. Este diploma apenas fornece um indício quanto a uma maior rigidez na adstrição à competência de representação do Estado quando, no n.º 2 do artigo 5.º, prevê a cessação da representação da região autónoma ou da autarquia local em caso de constituição de mandatário próprio por estas, não se dispondo em termos idênticos quanto ao Estado. Mas, mesmo que se tivesse ido mais adiante na definição pelo EMP da competência de representação do Estado, sempre, com respeito da reserva de competência legislativa da Assembleia da República, poderia esse regime vir a ser modificado em outro texto de lei.

No tocante ao Contencioso Administrativo, a definição surge, como se viu, no artigo 11.º, n.º 2, do CPTA, quanto às ações que tenham por objeto relações contratuais e de responsabilidade.

9. Da conjugação entre o artigo 11.º, n.º 2, do CPTA e o artigo 5.º, n.º 2, do EPM, parece resultar com suficiente clareza que, nas ações que tenham por objeto relações contratuais ou de responsabilidade, o Estado não pode, à face da lei vigente, constituir mandatário próprio, não lhe sendo permitido, portanto, fazer cessar desse modo a intervenção principal do Ministério Público.

No projeto de revisão do CPTA divulgado para discussão pública, adota-se, porém, uma solução mais flexível. No artigo 11.º desse projeto, surge um número 3 com a redação seguinte:

«3 – Nas ações propostas contra o Estado em que o pedido principal tenha por objeto relações contratuais ou de responsabilidade, o Estado é representado pelo Ministério Público, sem prejuízo da possibilidade de patrocínio por advogado, mediante decisão devidamente fundamentada, cessando a intervenção principal do Ministério Público logo que aquele esteja constituído.»

Esta proposta de alternativa quanto à solução vigente no atual Contencioso Administrativo deu origem a polémica. A crítica à solução plasmada no preceito transcrito surgiu na comunicação social, apoiada em «dúvidas de constitucionalidade» atribuídas a uma ou outra figura

destacada do meio jurídico e entremeada com as habituais insinuações contra as «grandes sociedades de advogados»¹².

Não entendemos tais dúvidas de constitucionalidade, imaginando que realmente hajam sido exteriorizadas.

Em primeiro lugar, da letra da Constituição não se extrai qualquer indicação quanto ao carácter absoluto da representação do Estado pelo Ministério Público ou, no mínimo, sobre o âmbito da eventual injunção. E seria inútil tentar ir buscar ao espírito do preceito constitucional uma delimitação do objeto de um tal comando. Não valeria dizer-se que esse âmbito é o das ações sobre litígios relativos a relações contratuais ou de responsabilidade civil extracontratual, por serem essas as ações propostas diretamente contra o Estado e não contra um ministério (CPTA, artigo 11.º, n.os 1 e 2). Este regime de legitimidade passiva resulta da lei ordinária e não da Constituição. E, no elenco, aliás exemplificativo, dos possíveis objetos, constante do n.º 2 do artigo 37.º do CPTA, figuram outras ações que poderão ser iniciadas contra o Estado sem a veste de um ministério e não têm por objeto a prática ou omissão de atos jurídicos de um órgão de um ministério.

Em segundo lugar, nos nossos dias, nem sempre a missão de representação do Estado poderá ser efetuada pelo Ministério Público em todos os processos que tenham por objeto relações contratuais ou de responsabilidade sem desse modo entrar em conflito com a missão de defesa da legalidade democrática, igualmente estabelecida pela Constituição. Basta atentar nas figuras da modificação objetiva da instância no caso da celebração do contrato na pendência do processo de impugnação de ato relativo à respetiva formação [CPTA, artigo 63.º, n.º 2), ou da cumulação de um pedido de indemnização com o pedido de anulação de um ato administrativo (CPTA, artigo 4.º, n.º 2, alínea f)]. E lembrem-se ainda as figuras dos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos (Código dos Contratos Públicos, artigo 336.º). Através de tais contratos, exercem-se competências também concretizáveis através de ato administrativo, ou podem estabelecer-se vinculações quanto à (não) prática de atos administrativos em termos

¹² A circunstância de o autor destas linhas ser membro de uma sociedade de advogados (embora não numericamente «grande», nem sequer à modesta escala portuguesa) e ter participado na Comissão de Revisão do CPA e do CPTA leva-o, perante as circunstâncias relatadas, a deixar claro que lhe não pertence a autoria material do projetado preceito. Este merece no entanto a sua concordância pelas razões apontadas no texto.

suscetíveis de desencadear a intervenção do Ministério Público em defesa da legalidade objetiva.

Não se pode, em terceiro lugar, deixar de estranhar as hipotéticas dúvidas de constitucionalidade quanto à solução configurada na versão do artigo 11.º, n.º 3, do projeto de revisão do CPTA atrás transcrito quando o comparemos com o n.º 1 do artigo 24.º do Código de Processo Civil:

«1 – O Estado é representado pelo Ministério Público, sem prejuízo dos casos em que a lei especialmente permita o patrocínio por mandatário judicial próprio, cessando a intervenção principal do Ministério Público logo que este esteja constituído.»

Este preceito reproduz, sem alterações, o anterior artigo 20.º Não consta que, durante a sua já longa vigência, tenha sido levantada a questão da sua inconstitucionalidade não obstante também ele prever que a intervenção principal do Ministério Público em representação do Estado possa cessar devido à constituição de mandatário judicial. O Código de Processo Civil remete para permissão por lei especial. Mas nem por isso o n.º 1 do seu artigo 24.º deixa de pôr de lado o pressuposto da obrigatoriedade absoluta da representação do Estado pelo Ministério Público. Pelo seu lado, o projetado n.º 3 do artigo 11.º do CPTA configura a constituição do patrocínio como solução excecional, exige a «devida fundamentação» como instrumento de transparência e de responsabilidade democrática da Administração (*accountability*) quanto às razões de interesse público determinantes da opção por mandatário judicial e ressalva expressamente a subsistência de intervenção acessória do Ministério Público, coisa que, como vimos, o EMP não faz no seu artigo 5.º

Parece-nos esta uma solução equilibrada e prudente, cuja flexibilidade defende os interesses do Estado nos casos, publicamente motivados, em que o patrocínio por advogados melhor se adegue às especificidades da relação controvertida.

10. Os precedentes relevantes vão todos no sentido da admissibilidade da solução em causa, retirando qualquer base que ainda pudesse sobrar para a invocação de dúvidas de constitucionalidade.

Pelo *Parecer n.º 8/82, de 9 de março* (in *BMJ*, n.º 315, abril de 1982), pronunciou-se a Comissão Constitucional no sentido de que o Ministério Público não detém o monopólio da representação do

Estado em juízo e que o facto de a representação lhe caber em regra não exclui que, nalguns casos, possa ela ser atribuída, por lei, a outras entidades.

Também no recente *Parecer n.º 7/2014 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República* (in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 126, de 3 de julho de 2014, pp. 17292 s.), se observou, a p. 17295, que «... apesar de o artigo 11.º do CPTA não consagrar a possibilidade de o Estado constituir mandatário, fazendo cessar a intervenção principal do Ministério Público – como está previsto no n.º 1 do artigo 20.º do Código de Processo Civil –, tal é admissível se for consagrado em legislação avulsa.

Este diploma terá de ser uma lei da Assembleia da República ou um decreto-lei aprovado ao abrigo de uma autorização legislativa, uma vez que a organização e competência dos tribunais e do Ministério Público é matéria integrada na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República...».

Da passagem transcrita, infere-se necessariamente o entendimento, por parte do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de que a competência de representação do Estado prevista na Constituição não é absoluta, sendo certo que a revisão do CPTA sempre dependerá de uma lei de autorização legislativa.

11. Para terminar este ponto, resta sublinhar que não se pretende esvaziar de todo o poder vinculativo a referência constitucional à representação do Estado pelo Ministério Público. Como já se advertia no citado *Parecer n.º 8/82 da Comissão Constitucional*, extrai-se do artigo 219.º, n.º 1, da Constituição que o legislador não pode privar totalmente o Ministério Público das funções de representação do Estado em juízo, cometendo-as por inteiro a outras entidades. A representação do Estado pelo Ministério Público terá de constituir a regra¹³.

Mas isto significa também que o artigo 219.º, n.º 1, da Constituição não contém uma injunção absoluta, a qual, aliás, obrigaria sem possibilidade de concordância prática com a função de defesa da legalidade democrática.

¹³ *BMJ*, n.º 315, p. 122.

II. A Intervenção do Ministério Público na Arbitragem Administrativa: Uma análise *De Jure Condito*

5. O silêncio da lei

12. Depois de ordenar os dados respeitantes à intervenção do Ministério Público nos processos perante os tribunais administrativos, dispomos do quadro de Direito positivo que nos permite situar por contraste os fundamentos de uma resposta negativa à questão de saber se, na atualidade, a Ordem Jurídica portuguesa reserva um papel qualquer ao Ministério Público em face dos processos arbitrais administrativos.

A primeira e fácil verificação é a de que reina um total silêncio sobre tal matéria quer no EMP, quer no CPTA, quer ainda na LAV. A conclusão a extrair da omissão legislativa é a de que, porque a competência requer imputação normativa, o Ministério Público não dispõe dela para o efeito de intervir a qualquer título na arbitragem administrativa e, designadamente, de aí representar o Estado. Esta resposta teria de ser ponderada se se devesse ler no artigo 219.º, n.º 1, da Constituição uma injunção absoluta de representação do Estado pelo Ministério Público perante todo o exercício de jurisdição. Mas vimos que não é assim.

Acompanhamos portanto sem reservas a principal linha de argumentação desenvolvida a este propósito no *Parecer n.º 114/2003 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República*, aprovado por unanimidade em 11.03.2004 e publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 134.º, de 14.07.2005. Como se observa neste Parecer, não só a lei não atribui ao Ministério Público competência para a representação do Estado nos tribunais arbitrais mas também não prevê a representação do Ministério Público perante tais tribunais quando o artigo 4.º do EMP, depois de o fazer, no n.º 1, em relação ao STA, aos TCA e aos TAC (entre outros), determina, no n.º 2, que «O Ministério Público é representado nos demais tribunais nos termos da lei». Mas, «como essa lei não existe, importa concluir que o Ministério Público não representa o Estado... junto dos tribunais arbitrais, sejam voluntários sejam necessários» (rubrica 9.2.).

Como também se opina no Parecer em causa, sinal de consenso em torno desta ausência de competência de representação é a circunstância de tal intervenção já haver sido reclamada na doutrina mas *de iure constituendo*¹⁴.

¹⁴ O Parecer n.º 114/2003 cita a este propósito o estudo do Conselheiro Dimas de Lacerda, «A Revista do Ministério Público e a reforma do contencioso administrativo»,

Já nos merece dúvidas uma outra linha de argumentação, também desenvolvida no *Parecer n.º 114/2003*, segundo a qual a inserção de um órgão de justiça como o Ministério Público não se adequaria aos tribunais arbitrais visto que estes «não são órgãos estaduais nem órgãos de soberania e são constituídos por vontade das partes para resolver um certo litígio» «com base em fórmulas simples, céleres e informais e em parâmetros de decisão que podem reconduzir-se à equidade»¹⁵.

Na realidade, os tribunais arbitrais são órgãos estaduais *ad hoc*, visto que exercem a função jurisdicional que só ao Estado pertence. No alargamento do seu âmbito como na sua crescente utilização, a arbitragem constitui uma manifestação de um fenómeno global dos nossos tempos: o da *privatização de tarefas públicas*¹⁶. Não choca a ideia da intervenção do Ministério Público no processo arbitral quando, na realidade, se trata do exercício de poder jurisdicional. E, na arbitragem administrativa, o julgamento segundo a equidade tem seguramente um papel muito limitado. Ele não é cabível quando sejam aplicáveis normas injuntivas às quais o princípio da legalidade não consente que se exima a Administração Pública. Em tais casos, só quando seja a própria norma legal a remeter para a equidade como último recurso no encontro de um parâmetro de decisão¹⁷, é que será admissível o emprego de tal método na composição de litígios jurídico-administrativos¹⁸.

Em suma, para nós, aquilo que releva é a ausência de norma ou normas que confirmem ao Ministério Público a competência de intervenção nos processos da arbitragem administrativa. Se, um dia, tais normas surgirem, não vemos que se gere uma incompatibilidade entre essa missão e a natureza do processo arbitral. Haverá, isso sim, que estabelecer também na lei os procedimentos que assegurem a fluidez no relacionamento entre o tribunal arbitral e o Ministério Público¹⁹.

in *Revista do Ministério Público*, jan./mar. 2004, n.º 96.

¹⁵ *Parecer n.º 114/2003*, rubrica 9.1.

¹⁶ V. Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 560 s.; Vosskuhle, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Vosskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, München, Beck, 2006, pp. 46 a 52.

¹⁷ Serve como exemplo o artigo 314.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos.

¹⁸ 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*, em publicação.

¹⁹ A tese da inadmissibilidade da representação do Estado pelo Ministério Público nos processos arbitrais devido à inexistência de lei que lhe atribua tal competência já fora

6. Os termos da representação das pessoas coletivas públicas na arbitragem administrativa

13. Recordámos anteriormente a necessidade de distinguir entre representação em juízo, por um lado, e representação processual ou patrocínio judiciário, por outro²⁰. É, nomeadamente para efeitos do processo arbitral, uma distinção universal. O artigo 5 das *Regras de Arbitragem da UNCITRAL (2010)* dispõe que cada parte pode ser representada ou assistida (*represented or assisted*) pelas pessoas por ela escolhidas e que, ao comunicar as respetivas identidades às outras partes e aos membros do tribunal, a parte «*May specify whether the appointment is being made for purposes of representation or assistance*». O preceito não define no entanto o conteúdo próprio de cada um dos dois tipos de intervenção. A doutrina sobre as *Regras de Arbitragem da UNCITRAL*, escudada na densificação operada pelo «*Iran – US Claims Tribunal*», considera que o representante (*representative*) é a pessoa autorizada a agir perante o tribunal para todos os propósitos do caso em termos de vincular a parte, ao passo que o patrono (*assistant*), nessa simples qualidade, não se encontra habilitado para vincular a parte que o designou ou para receber comunicações, notificações ou documentos que se possam considerar como entregues à parte²¹. Esta solução foi acolhida apenas com ligeiras adaptações no artigo 5, n.ºs 2 e 3, das *Regras de Arbitragem do Tribunal Permanente de Arbitragem (2012)*²².

Em Portugal, o Título IX do CPTA, dedicado à arbitragem, nada dispõe sobre a representação e o patrocínio forense do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público. No tocante à *representação em sentido próprio*, aplicar-se-ão, consoante os casos, as leis orgânicas ou estatutárias pertinentes, que indicarão expressa ou implicitamente o órgão competente para estar em juízo pela entidade pública. Quanto à *representação processual* ou *patrocínio judiciário*, não parece que os números 1 e 2 do artigo 11.º do CPTA se apliquem diretamente à arbitragem. Como se referiu já, é de entender que essas regras se refe-

rem aos processos que correm seus termos perante os tribunais administrativos. O artigo 181.º, n.º 1, remete para os termos da lei sobre a arbitragem voluntária (e não para os dos Títulos I, II e III do Código) o funcionamento do tribunal arbitral, no qual tem de se incluir o modo de representação e patrocínio das partes. Sucede no entanto que também a LAV nada diz sobre representação e patrocínio. Focando agora o patrocínio, cumpre sublinhar que o silêncio da LAV não equivale a um vazio normativo, dada a existência de normas injuntivas no domínio do estatuto do exercício da advocacia. De acordo com o artigo 61.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), sem prejuízo da prestação ocasional de serviços profissionais de advocacia por advogados da União Europeia, só os profissionais com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem praticar atos próprios da advocacia. A definição destes atos é feita pela Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto. Nos termos do n.º 5, alínea a), do respetivo artigo 1.º, o exercício do *mandato forense* compreende-se entre os atos próprios dos advogados e solicitadores. E o artigo 2.º considera mandato forense «o mandato judicial conferido para ser exercido em qualquer tribunal, incluindo os tribunais ou comissões arbitrais...».

Não restam pois dúvidas de que, também na arbitragem administrativa, o patrocínio judiciário das partes, incluindo as partes públicas, caberá a advogados e a solicitadores no âmbito dos respetivos regimes profissionais. A questão que ainda se levanta é a de saber se tal estatuição deve considerar-se complementada pela permissão, no n.º 2 do artigo 11.º do CPTA, da representação em juízo²³ das pessoas coletivas de direito público e dos ministérios por licenciado em direito com funções de apoio jurídico, expressamente designado para o efeito. Esta forma de patrocínio sempre tem sido contestada pela Ordem dos Advogados, a nosso ver com razão porquanto a ressalva, no texto da lei, de que aqueles mandatários administrativos deverão observar os deveres deontológicos que obrigam o mandatário da outra parte se não apoia em mecanismos jurídicos de exequibilidade. E não se vê com clareza quais pudessem ser os instrumentos da sua efetivação enquanto

sustentada no Parecer 74/91, de 21/11/1991, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 116, de 20/05/1992).

²⁰ Veja-se a rubrica 2.

²¹ Caron/Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules – A Commentary*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2012, pp. 347 a 352.

²² Daly/Goriatcheva/Meighen, *A Guide To The PCA Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2014, pp. 31 e 32.

²³ O emprego, no n.º 2 do artigo 11.º do CPTA, da expressão «representados em juízo» é tecnicamente incorreta já que, na verdade, se trata antes de representação processual ou patrocínio judiciário. No projeto de revisão do CPTA submetido à discussão pública, corrige-se aquela imperfeição ao estipular, no n.º 2 do artigo 11.º, que «As entidades públicas podem *fazer-se patrocinar* por advogado ou por licenciado em direito com funções de apoio jurídico, expressamente designado para o efeito...».

o poder disciplinar resida na parte que nomeia o mandatário. No projeto de revisão, este preceito não foi modificado, sendo certo que se trata de uma prática arraigada e se não dispõe de elementos quantitativos sobre os efeitos da sua hipotética abolição legislativa. Nos termos do artigo 77.º, n.º 3, do EOA, a incompatibilidade com o exercício da advocacia não se estende aos titulares de vínculo público que desempenhem exclusivamente funções como advogados ao serviço de um ente público (por assim dizer, os «*in-house lawyers*» públicos). Assim sendo, o ideal seria que, no ingresso nos cargos administrativos exclusivamente votados ao apoio jurídico, se desse preferência a pessoas inscritas na Ordem dos Advogados e que a Administração Pública incentivasse a frequência do estágio da Ordem pelos seus técnicos juristas. Num país civilizado, cuja cultura valorize o alcance através de concertação de soluções construtivas e equilibradas, um ou vários protocolos de intenção entre os grandes ramos da Administração Pública e a Ordem dos Advogados constituiria porventura o modo mais adequado para resolver a questão a contento.

Resta no entanto a questão de saber se, à luz do Direito vigente, as pessoas coletivas públicas (incluindo o Estado) se podem fazer representar na arbitragem administrativa por simples licenciados em Direito com funções de apoio jurídico. Ora, pelas razões já apontadas, não cremos que os números 1 e 2 do artigo 11.º do CPTA se apliquem diretamente ao processo arbitral. E também não encontramos razão para recusar à ausência de tratamento do patrocínio judiciário pelo Título IX do CPTA e pela LAV a natureza de «silêncio eloquente»²⁴ quanto à suficiência da solução expressamente consagrada na legislação sobre o exercício da advocacia, diretamente aplicável ao patrocínio em processo arbitral. E essa solução existe e é aquela já referida quanto à obrigatoriedade do patrocínio por advogado no processo arbitral [artigos 61.º, n.º 1, do EOA, e 1.º, n.º 5, alínea a), da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto].

²⁴ Em metodologia jurídica, chama-se *silêncio eloquente* (*beredtes Schweigen des Gesetzes*) às situações de intencional não-regulação (*gewollte Nichtregelung*). Trata-se da ausência de vontade por parte do legislador quanto a regular certas situações da vida ou a regulá-las para além do regime que quanto a elas já estabeleceu. A interpretação evidência que, dentro do espírito do sistema, se não trata de situações carecidas de (mais) decisão. Não se trata, pois, de «aberturas antissistémicas» ou de «incompletudes que contrariem o plano do sistema normativo». V. Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 6.ª ed., Munique, Beck, 2011, pp. 495 a 499.

III. A Intervenção do Ministério Público na Arbitragem Administrativa: Uma Análise *De Jure Condendo*

7. O aperfeiçoamento do quadro normativo da arbitragem administrativa

14. É hoje visível à escala global a tendência para o alargamento da admissibilidade da arbitragem administrativa. As visões estritas do monopólio judiciário da jurisdição sobre as questões administrativas constituem muitas vezes uma herança da História, designadamente quando os sistemas administrativos nacionais beneficiaram à partida da influência do modelo napoleónico, ele próprio fortemente tocado por uma ideia jacobina do Estado. Mas essa ideia cede, nos nossos dias, terreno em várias frentes, uma das quais a da demarcação do exercício de funções públicas por entes públicos e por entidades privadas. O aperfeiçoamento e a mundialização do Direito da arbitragem têm vindo a contribuir para um exponencial incremento da utilização do instituto. As suas vantagens comparativas não poderiam passar despercebidas das partes em litígios jurídico-administrativos. A celeridade, aliada à possibilidade de flexibilização do processo, a oportunidade de formar tribunais de acrescida competência especializada relativamente às particularidades do caso graças ao alargamento das origens dos participantes no exercício da jurisdição, o reforço de legitimação resultante de pertencer às partes a escolha dos julgadores representam mais-valias que em nada colidem com a natureza jurídico-administrativa da relação controvertida. Não é, assim, de estranhar que, também neste campo material de jurisdição, o próprio legislador tenha vindo e venha ainda a alargar o âmbito de admissibilidade da arbitragem, como a evolução do Direito português bem testemunha.

Tudo isto – que é muito – não significa, porém, que a área jurídica sobre a qual se desenvolve o litígio jurídico-administrativo, bem como o estatuto constitucional e legal do sujeito público da contenda, não devam refletir-se no decretamento pelo legislador de algumas normas especiais que afastem em pontos estrategicamente determinantes a aplicação do regime geral da arbitragem à arbitragem administrativa (CPTA, artigo 181.º, n.º 1).

Em outro estudo recentemente concluído, dedicámos a nossa atenção aos que se nos afiguram como principais entre tais pontos, que não caberia analisar de novo aqui. Assim: (i) Embora isso resulte de uma leitura sistémica da nossa ordem jurídica, seria conveniente deixar expressa

uma derrogação ao artigo 52.º, n.º 1, da LAV, determinando que, na arbitragem administrativa internacional, não é lícito às partes designar como aplicáveis ao fundo da causa regras de um outro Direito nacional incompatíveis com normas injuntivas do Direito Público português; (ii) Em homenagem ao princípio da legalidade administrativa, dever-se-ia derrogar o artigo 39.º, n.º 1, da LAV, só permitindo o emprego de critérios de equidade pelos árbitros no âmbito das normas aplicáveis que expressamente o prevejam; (iii) Deveria ser afastada a possibilidade de as partes cometerem a designação de árbitros a um terceiro com prejuízo da competência de nomeação do tribunal estadual (LAV, artigo 10.º, n.ºs 1 e 5); (iv) Deveria estabelecer-se um método obrigatório de publicação do início da instância; (v) Deveria derrogar-se o n.º 3 do artigo 42.º da LAV, que permite que seja afastada a necessidade de fundamentação da sentença²⁵; (vi) Deverá, tal como consta do artigo 186.º-A do projeto de revisão do CPTA, estabelecer-se que «As decisões proferidas pelos tribunais arbitrais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça»²⁶.

8. Regulação da intervenção do Ministério Público na arbitragem administrativa

15. Estamos em crer que a introdução das inovações legislativas acima apontadas constituiria também o momento de pensar na articulação entre as missões constitucionais do Ministério Público e a arbitragem administrativa. Tal como no exercício de jurisdição pelos tribunais administrativos, na arbitragem administrativa encontra-se em causa a conformação com força de caso julgado de situações em que a Administração deve prosseguir o interesse público num quadro de legalidade administrativa. Através dos modos de intervenção delineados no atual artigo 85.º do CPTA, o legislador reconhece a importância da iniciativa processual do Ministério Público a fim de, para além do normal contraditório entre as partes, poder uma magistratura estadual não judicial velar pela defesa dos

²⁵ Diga-se de passagem que, sendo os tribunais arbitrais tribunais em sentido constitucional (CRP, artigo 209.º, n.º 2), o referido n.º 3 do artigo 42.º é inconstitucional por violar o artigo 205.º, n.º 1, da Constituição.

²⁶ Sérvulo Correia, *A Arbitragem Dos Litígios Entre Particulares E A Administração Pública...*, cit., Secção IV. Disposições Particulares para a Arbitragem Administrativa.

direitos fundamentais dos cidadãos, dos interesse públicos especialmente relevantes e de valores ou bens com relevância para justificar o desencadeamento da ação pública ou da ação popular. Se, na versão vigente do CPTA, tais poderes de intervenção se contêm apenas no âmbito da ação administrativa especial, a transformação em lei do atual projeto de revisão alargaria o âmbito dessa intervenção à ação administrativa unificada, do mesmo passo que dilataria o prazo inicial de intervenção e clarificaria, em sentido ampliativo os poderes de intervenção do Ministério Público em audiência final ou através de alegações escritas.

Se tomarmos em conta o quadro estabelecido pelo EMP para a intervenção nos processos em que sejam parte pessoas coletivas de direito público, trata-se com toda a clareza, no artigo 85.º do CPTA, de uma forma de intervenção acessória esquematizada em termos abrangentes. A nosso ver, as razões que ditam o regime de intervenção do Ministério Público em processos que correm seus trâmites perante os tribunais administrativos valem igualmente para os processos arbitrais administrativos. Seria, pois, de o estender a estes com os arranjos processuais necessários à fluidez do relacionamento entre o tribunal arbitral e o agente do Ministério Público competente.

No CPTA, porém, a intervenção do Ministério Público não se cifra apenas naqueles poderes, já que, de acordo com o artigo 141.º, n.º 1, lhe assiste competência para recorrer das decisões jurisdicionais alegadamente proferidas com violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais. Esta observação traz consigo a questão de saber se o grau acrescido de escrutínio público correspondente à natureza administrativa da arbitragem deveria acarretar o afastamento da regra do artigo 39.º, n.º 4, da LAV, que exclui o recurso para o tribunal estadual a menos que as partes prevejam expressamente a sua possibilidade na convenção de arbitragem. A nosso ver, uma derrogação pura e simples viria pôr em causa uma das principais vantagens do método arbitral de solução dos conflitos, que é a celeridade. Dado, porém, que um dos principais inconvenientes apontados a tal método reside na inexistência de um mecanismo para evitar a dispersão e incoerência da jurisprudência e que tal desvantagem pesa com maior gravame quando esteja em causa a composição de litígios respeitantes à execução de políticas públicas, uma solução intermédia consistiria em derrogar o n.º 4 do artigo 39.º da LAV, estabelecendo injuntivamente a admissibilidade apenas do recurso para uniformização de jurisprudência e estendendo ao Ministério Público a legitimidade para a sua interposição. A fim de não alargar em demasia o espaço de derro-

gação de uma norma característica da «ideia de arbitragem»²⁷, poderia limitar-se a contradição relevante àquela que interferisse com acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Administrativo.

Caberia também na razão de ser da intervenção acessória do Ministério Público a legitimidade para pedir a anulação da sentença arbitral administrativa nos termos do artigo 46.º da LAV.

16. A circunstância de se haver principiado pela hipótese de estabelecer no futuro a intervenção acessória do Ministério Público na arbitragem administrativa não significa que se ponha totalmente de lado a previsão legislativa de uma intervenção principal. Não nos pareceria solução preferível a de fazer dela regra geral, ainda que apenas quanto aos litígios em que seja o Estado a parte na arbitragem. Não será certamente um acaso que o legislador não tenha até à data conferido essa competência ao Ministério Público. Os inevitáveis entraves burocráticos inerentes ao funcionamento de um grande corpo de Estado aliados à dificuldade em constituir em cada momento no seu seio equipas diversificadas com dimensão e disponibilidade para se dedicarem ao patrocínio em casos complexos poderiam colocar o Estado em real situação de inferioridade perante a parte contrária se se encontrasse absolutamente vinculado a esse modo de representação.

Solução intermédia consistiria, tal como se faz no projeto de revisão do CPTA relativamente às ações propostas contra o Estado em tribunal administrativo nas quais o pedido principal tenha por objeto relações contratuais ou de responsabilidade, em estabelecer como regra geral a representação pelo Ministério Público, mas sem prejuízo da possibilidade de patrocínio por advogado. Constituindo no entanto a intervenção do Ministério Público (não só a principal, mas também a acessória) uma prática até hoje totalmente por testar no seio da arbitragem, aquela solução intermédia envolveria porventura riscos quanto à efetividade da defesa dos interesses do Estado, gerados por inesperados embaraços de ordem processual ou procedimental.

Por tudo isto, o modo mais prudente de testar a intervenção principal do Ministério Público em representação do Estado na arbitragem

²⁷ Como observa Jan Paulsson, a lógica inerente aos sistemas de recurso é a da presumível maior qualidade do tribunal superior. Mas, quando as partes dispõem da possibilidade de selecionar três árbitros do mais elevado nível, desvanece-se substancialmente a presunção da qualidade mais elevada da decisão do tribunal de recurso. V. *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2003, p. 292.

administrativa consistiria numa solução reproduzida daquilo que, hoje, a *Lei-Quadro dos Institutos Públicos* dispõe no n.º 4 do seu artigo 21.º: o Estado seria livre de constituir advogados como mandatários perante os tribunais arbitrais, sem prejuízo de poder optar pela representação em juízo e patrocínio por parte do Ministério Público. Esta faculdade seria extensível em relação àqueles outros tipos de pessoas coletivas de direito público que dela disponham já no tocante aos processos em tribunal do Estado.

17. Ainda que brevemente, não poderíamos deixar de tocar por fim um outro ponto: o da intervenção do Ministério Público nos recursos das decisões dos tribunais arbitrais para o Tribunal Constitucional. Esta questão não se coloca apenas no plano do Direito a constituir: como o Tribunal Constitucional considerou no seu *Acórdão n.º 202/2014, de 3 de março de 2014*, é [já hoje] incontroverso que a referência, no n.º 1 do artigo 280.º da Constituição, a «decisões dos tribunais» inclui as decisões proferidas por tribunais arbitrais, voluntários ou necessários, pelo que das suas decisões caberá recurso para o Tribunal Constitucional quando se verifiquem os respetivos pressupostos de ordem geral. No entanto, como bem mostra o percurso acidentado do recurso no processo em causa, haveria toda a conveniência em que, entre as inovações legislativas que temos vindo a defender, se incluísse e, nesse caso, não apenas em relação às decisões proferidas em arbitragem administrativa mas quanto a todas as decisões arbitrais, a definição do *iter* processual do recurso para o Tribunal Constitucional.

Embora ela resulte do sistema, nada se perderia em declarar expressamente a obrigatoriedade do recurso para o Ministério Público. O modo de comunicação das decisões arbitrais ao Ministério Público dependeria da modalidade da intervenção deste que, mesmo quando meramente acessória, deveria incluir a obrigatoriedade da notificação de todas as decisões finais. Também a contagem do prazo de recurso pelo Ministério Público deveria ser disciplinada em termos que evitassem aquilo que sucedeu no processo de interposição do recurso que viria a ser julgado pelo *Acórdão n.º 202/2014* do Tribunal Constitucional. Pela leitura deste, fica-se a saber que a comunicação enviada pelo tribunal arbitral ao Ministério Público para efeito de interposição de recurso necessário nos termos do artigo 280.º, n.º 3, da Constituição só veio a dar entrada nos serviços do Ministério Público junto do TAC quase um mês após a respetiva receção pela secretaria do tribunal. A consequência foi a de o

prazo para o Ministério Público ter começado a contar com um atraso correspondente.

Uma processualização da intervenção do Ministério Público na arbitragem administrativa só fará sentido na medida em que vier contribuir para a qualidade e a legitimação da justiça arbitral. Se, pelo contrário, se revelasse – como alguns por certo temerão – fator de burocratização neutralizadora da celeridade que constitui uma das principais mais-valias da arbitragem, então essa presença do Ministério Público no processo arbitral administrativo seria em breve repudiada pela comunidade jurídica e, após ela, pela opinião pública. Cedo seria considerada como um passo em falso do legislador, um erro a reparar na reforma seguinte.

Nota: O presente estudo desenvolve as notas sobre as quais proferimos uma aula de pós-graduação, em julho de 2014, no «Curso Pós-Graduado em Patrocínio Judiciário e representação do Estado em juízo», organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É possível que os apontamentos de aula não tivessem passado disso mesmo se não fora o ensejo de homenagear com um estudo a partir deles elaborado a memória do Bastonário Mário Raposo, com quem tivemos a honra de participar no grupo dos quatro membros portugueses do painel de árbitros do Tribunal Permanente de Arbitragem (Haia).