

Decisão arbitral, legalidade objetiva e interesse público

Paulo Dias Neves

Advogado

Sumário: 1. Introdução; 2. Arbitrabilidade e direito administrativo; 3. A arbitragem administrativa no CPTA; 4. A missão constitucional da defesa da legalidade pelo MP; 4.1. Enquadramento; 4.2. O MP no atual modelo de contencioso administrativo; 4.3. A ausência do MP nos tribunais arbitrais; 4.4. A competência recursiva prevista no EMP; 4.5. A tutela jurisdicional efetiva da ação pública; 5. As vias de impugnação da decisão arbitral; 5.1. Os recursos ordinários comuns previstos no CPTA; 5.2. Os recursos ordinários especiais do artigo 185.º-A, n.º 3 do CPTA; 5.3. Os recursos extraordinários previstos no CPTA; 5.4. A anulação de sentenças arbitrais; 5.5. Os recursos para o Tribunal Constitucional; 6. O conhecimento das decisões arbitrais pelo MP; 7. Outras questões pertinentes à impugnação da decisão arbitral pelo MP; 8. A participação auxiliar do MP nas instâncias estaduais superiores em impugnações das partes; 9. A participação do MP em processos de reconhecimento de sentenças; 10. Nota final.

1. Introdução

1. O tema que nos foi proposto tratar é o do papel do Ministério Público (MP) na arbitragem administrativa, em especial junto das instâncias estaduais que funcionam como tribunais de recurso.

A arbitragem trata essencialmente de *interesses individuais* e o MP cuida essencialmente do *interesse público*; o mundo da arbitragem, por outro lado, convive mal com instâncias de recurso e com interferências de tribunais estaduais. Estes são pontos de partida que parecem anular o nosso campo de análise.

Em acréscimo, o desenho legal do MP português corresponde a um modelo original e equívoco¹ e o recorte da arbitragem administrativa em

¹ Este é o órgão que “mais dúvidas oferece quanto à sua posição constitucional”, v. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*,

Portugal exhibe lacunas e laivos de originalidade relativamente a sistemas congêneres. São condições que anunciam dificuldades no tratamento da matéria que, para além do mais, conta na sua base com uma intencional indefinição legislativa quanto aos limites da arbitrabilidade das questões jurídico administrativas.

Se não surpreende que as normas orgânicas do MP e dos tribunais administrativos não reflitam o fenómeno da arbitragem como um palco de jurisdição onde se mova o MP, já espanta aceitar que a generalidade da legalidade administrativa possa ser sindicada à revelia do órgão do Estado que está constitucionalmente incumbido da defesa da legalidade democrática.

2. Arbitrabilidade e direito administrativo

2. Desde que a natureza jurisdicional dos tribunais arbitrais é constitucionalmente titulada², não parecem ser fundados quaisquer entraves à arbitragem de questões de direito público no mesmo exato plano em que julgam os tribunais estaduais.

A equiparação constitucional, todavia, não é absoluta³, desde logo, porque os tribunais arbitrais não são órgãos de soberania, nem dispõem de *imperium*⁴, não sendo de estranhar que a própria *Lei da Arbitragem Voluntária* (LAV)⁵ salogue da sua aplicação matérias que possam, por lei, ser cometidas à competência exclusiva dos tribunais do Estado e que,

4.ª ed., p. 601. Outros detetam no MP um “notável sincretismo funcional com tanto de mistério como de ministério”, JOSÉ MANUEL RIBEIRO DE ALMEIDA, *Uma teoria da Justiça – Justificação do Ministério Público no contencioso administrativo*, RMP, n.º 84, 2000, pp. 95 e segs.

² Artigo 209.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP) e, confirmando-o, exemplificativamente, os acórdãos do TC n.º 230/86 e 52/92.

³ Na expressão do Tribunal Constitucional, em determinados aspetos “não são tribunais como os outros” – v. Ac. TC n.º 230/86, de 12 de setembro, D.R. Série I de 1986-09-12.

⁴ Por exemplo, não podem executar as suas decisões, nem podem intimar testemunhas a depor.

⁵ Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro (LAV).

mesmo no quadro do direito privado, circunscreva a arbitrabilidade aos “litígios respeitantes a interesses de natureza patrimonial” ou outros relativamente aos quais “as partes possam celebrar transação”⁶.

Há certamente especificidades próprias do direito administrativo que levam a que não se reconheça ao Estado e aos demais entes públicos, a possibilidade de participação em arbitragens situadas para além dos litígios de direito privado, a menos que o façam devidamente “autorizados por lei”, como o reconhece a própria LAV⁷.

Embora se compreenda que a sujeição do Estado a tribunais privados possa até ser vista como um sinal de acrescida garantia de independência no julgamento de litígios entre particulares e o poder público, custa aceitar que órgãos não soberanos (e mais do que isso, entes privados) possam julgar o exercício de poderes que são expressão da soberania do Estado, como acontece com os poderes de autoridade da administração. Recordam-se aqui as palavras do Tribunal Constitucional no acórdão n.º 230/2013, quando, aceitando a arbitrabilidade de questões de autoridade, não deixa de decidir que o julgamento dessas matérias deve passar por uma *última palavra dos tribunais estaduais*, impondo um direito de recurso, não apenas quando estejam em causa decisões proferidas em arbitragem necessária, “mas também pela natureza dos direitos e interesses em jogo”⁸.

Se o direito administrativo cuida de direitos de particulares sobre a Administração, envolvendo uma multiplicidade de interesses patrimoniais e transigíveis, típicos da arbitragem, ele trata igualmente do regular exercício dos poderes públicos no seu desempenho por via unilateral, não consensualizada e no uso de prerrogativas de autoridade – ordens, proibições, sanções –, em contexto que transcende direitos subjetivos e onde desponta a necessidade de tutelar a legalidade objetiva e o *interesse público* em sentido objetivo. Existe, assim, um núcleo de interesses no universo do direito administrativo em que a admissão da arbitragem requer uma especial atenção, justificando-se que «o caderno de encargos» que é

⁶ Artigo 1.º, n.ºs 1 e 2 da LAV.

⁷ Artigo 1.º, n.º 5 da LAV.

⁸ Ac. TC n.º 230/2013, D.R. n.º 89, Série I de 2013-05-09.

confiado aos julgadores privados deva ser mais exigente relativamente ao das arbitragens reguladas na LAV sob a égide do direito privado⁹.

É com este enfoque que se pode apontar a necessidade de garantir *no* processo arbitral e ou *ante* a decisão arbitral, o exercício das competências constitucionais e estatutárias do MP em defesa da legalidade objetiva e do interesse público.

Do ponto de vista do legislador, mais do que saber se tais questões ou litígios podem ser *arbitráveis*, a questão pode situar-se no apurar do «como» devem ser julgados, o que conduz a interrogar se o figurino de uma arbitragem desenhada com apertadas condicionantes e exigências (v.g. ao nível da escolha dos árbitros, do direito aplicável, da exposição pública do processo, da disciplina processual imposta), será ainda uma “arbitragem” passível de configuração *ad hoc* ou se caminha definitivamente para uma arbitragem institucionalizada ou se não quadrará melhor na qualificação de um tribunal administrativo especial¹⁰.

3. A arbitragem administrativa no CPTA

3. O endosso que a LAV faz para lei especial no que concerne a arbitragens de direito público, envolvendo o próprio recorte das matérias arbitráveis, foi acolhido no Título VIII do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)¹¹ e, relativamente ao contencioso contratual, também pelo Código dos Contratos Públicos (CPP)¹².

⁹ Note-se que mesmo no sistema de direito inglês, vem sendo chamada a atenção para os acrescidos riscos para o interesse público em resultado de as arbitragens se encontrarem exclusivamente desenvolvidas sob o paradigma do direito privado. Exemplificando com o caso e-Borders, envolvendo um litígio emergente da rotura de um contrato de conceção e fornecimento de um sistema tecnológico de controlo de fronteiras no Reino Unido, v. STAVROS BREKOUKAKIS e MARGARET B. DEVANEY, *Public-Private Arbitration and the Public Interest Under English Law*, *Modern Law Review*, 11.11.2016, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2868024>.

¹⁰ Veja-se, em particular quanto à privação da escolha dos árbitros em arbitragens necessárias, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, 2005, pp. 570 e segts.

¹¹ Artigos 180.º e segts. do CPTA.

¹² Artigo 476.º do CCP, aditado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

O CPTA desenhou um quadro *amplissimo* para as matérias passíveis de justiça administrativa arbitral, prevendo a arbitrabilidade de questões respeitantes a contratos e a responsabilidade civil extracontratual (excluindo prejuízos decorrentes do exercício da função política e legislativa ou jurisdicional), de questões de respeitantes a relações jurídicas de emprego público (excluindo direitos indisponíveis e acidentes de trabalho ou doenças profissionais) e de todas as “*questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário*”.

Esta abertura possibilita que, enquanto não vier a existir “*determinação legal em contrário*”, toda e qualquer questão relativa à validade de qualquer tipo de ato administrativo possa ser decidida por via arbitral, o que, embora não apresente problemas constitucionais¹³, obriga o legislador ordinário a adensar o núcleo das exigências processuais relativamente aos típicos processos arbitrais sob a égide da LAV.

O legislador do CPTA reconheceu como especificidades da arbitragem administrativa, essencialmente, (i) a necessidade de aceitação do compromisso arbitral por parte de contrainteressados, quando existam, (ii) a impossibilidade de julgar *questões de legalidade* recorrendo à equidade e (iii) a imposição de publicidade das decisões arbitrais transitadas em julgado¹⁴. A estas especificidades, a redação conferida ao Código pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, veio a acrescentar três relevantes – a primeira, um quadro normativo inderrogável de recursos da decisão arbitral de mérito¹⁵, a segunda, a sujeição dos árbitros aos deveres e impedimentos

¹³ Afastando qualquer desconformidade constitucional nesta abertura, que estende à própria condenação à prática de atos, v., entre outros, TIAGO SERRÃO, *A arbitragem no CPTA revisto: primeiras impressões*. Comentários à Revisão do CPTA e do ETAF, Coord. Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 2.ª ed. 2016, pp. 271 e segts. e 5.ª ed., 2020, p. 882.

¹⁴ O artigo 182.º do CPTA consagra ainda a especificidade da previsão de um direito *de exigir* da Administração um compromisso arbitral, embora tal “direito” esteja condicionado aos *casos* e aos *termos* previstos na lei, remetendo para previsão de futura lei.

¹⁵ Artigos 185.º-A e 180.º, n.º 3, al. b). Já anteriormente o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, introduziu regras em matéria de recursos em litígios pré-contratuais e contratuais sujeitos ao Código dos Contratos Públicos (CCP), no artigo 476.º do CCP.

previstos no regime da arbitragem tributária¹⁶ e a terceira, a imposição de que o “regime processual a aplicar” na arbitragem de atos administrativos relativos à formação de contratos administrativos abrangidos no designado contencioso pré-contratual, seja conforme com o regime de urgência previsto nos artigos 100.º e segts. do Código.¹⁷

No mais, e em particular quanto às regras relativas à *constituição* do tribunal arbitral e à disciplina do seu *funcionamento*, continuam a valer as regras da arbitragem voluntária “com as devidas adaptações”¹⁸, o que é, simultaneamente, uma confissão do legislador quanto à imprestabilidade das normas da LAV para regular diretamente a arbitragem administrativa e uma manifestação da sua ingenuidade ao confiar na operacionalidade das “devidas adaptações” por via interpretativa e casuística, como o tem vindo a provar a prática e as sucessivas alterações legislativas na matéria, apontando à necessidade de um enquadramento normativo próprio e coerente¹⁹.

Não parece que, por via hermenêutica, buscando as adaptações devidas à LAV, se possa defender de *jure constituto* a participação do MP no processo de arbitragem administrativa em termos análogos aos que se encontram previstos no CPTA para a ação administrativa²⁰. Mas, pensando no extenso leque de matérias atualmente arbitráveis, ocorre perguntar se não existirá, por imposição constitucional, um nível mínimo de participação que deva ser reconhecido ao MP em arbitragens administrativas, seja para

¹⁶ Artigo 181.º, n.º 3.

¹⁷ Artigo 180.º, n.º 3, alínea a), do CPTA. Note-se que o regime processual para o qual o legislador remete, por força da remissão operada nos artigos 97.º e 102.º, n.º 1, parece convocar, entre o mais, a participação do MP na tramitação processual, embora num prazo reduzido de 5 dias ali previsto no artigo 102.º, n.º 5, al. c).

¹⁸ Artigo 181.º, n.º 1, do CPTA.

¹⁹ É justo reconhecer a este título o contínuo labor da doutrina, com destaque para a oportuna e qualificada elaboração de um articulado para uma lei da arbitragem administrativa voluntária – v. AAVV, *Arbitragem Administrativa: Uma proposta*, Coord. TIAGO SERRÃO, 2019.

²⁰ VASCO MOURA RAMOS, *Algumas considerações sobre a arbitragem de litígios respeitantes à validade de atos administrativos (à luz do regime resultante do CPTA)*, *Arbitragem e Direito Público*, 2015, pp. 281 a 288.

defesa da legalidade objetiva, seja para defesa e promoção dos interesses coletivos a seu cargo.

Deverá entender-se que a arbitrabilidade de algumas questões nucleares da jurisdição administrativa, situadas para além dos interesses privados das partes, impõe como condição a presença do MP no processo arbitral, ou será antes de reconhecer que, afinal, a presença do MP, sempre que é imposta por lei no processo administrativo regulado (ou aí legitimada a sua participação), deverá ser vista como um sinal intransponível de *in arbitrabilidade* do litígio?²¹ Será que o facto de um certo litígio legitimar o exercício da ação pública não deveria conduzir à afirmação legislativa da sua não arbitrabilidade? Ou imporá antes a presença do MP na arbitragem?

4. A missão constitucional de defesa da legalidade pelo MP

4.1. Enquadramento

4. A Constituição da República Portuguesa (CRP) atribui ao MP a missão de “defesa da legalidade democrática” (artigo 219.º da CRP), sendo nesta legalidade que se funda o Estado Português²², a ela estando submetidos todos os poderes do Estado. Aos tribunais incumbe, para além da defesa de direitos e interesses e da solução de conflitos de interesses, a repressão da violação da legalidade democrática²³, objetivo alcançado em primeira linha por ação do MP, fiscalizando a legalidade objetiva e preservando e promovendo o interesse público, fazendo-o relativamente à atividade de todas as autoridades, públicas ou privadas que exerçam

²¹ v. O artigo 150.º do Decreto de 21 de maio de 1840, estabelecia a arbitrabilidade de causas sobre direitos disponíveis “e em que não houver lugar a intervenção do Ministério Público”. Em Itália, o D. Legs. 5/2003, artigo 34.º determina que não podem ser objeto de arbitragem os litígios relativamente aos quais a lei preveja que o MP tenha intervenção obrigatória.

²² A República Portuguesa é um *Estado de direito democrático* (artigo 2.º da CRP) e o Estado *funda-se na legalidade democrática* (artigo 3.º, n.º 2 da CRP).

²³ Artigo 202.º, n.º 2 da CRP.

poderes públicos, e até à atividade de privados que ofenda normas de ordem pública.

O vínculo constitucional do MP à defesa da legalidade democrática é concretizado no Estatuto do Ministério Público (EMP) que reconhece ao MP a competência para intervir em *todos* os processos que envolvam interesse público e competências de fiscalização e de promoção em diversos domínios²⁴, incluindo áreas que vão desde a própria atividade privada (v.g. na fiscalização da legalidade de negócios jurídicos), ao exercício do poder público administrativo, legislativo e judicial. Também o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF)²⁵ e a legislação processual vigente, quer o Código de Processo Civil (CPC), quer o CPTA, entre outros corpos normativos, consagram, em maior ou menor medida, a participação do MP no processo judicial, seja como parte, seja no papel de auxiliar do juiz, para defesa da legalidade e preservação e promoção do interesse público.

No contencioso administrativo e no desempenho da missão constitucional que está adstrita ao MP, este fiscaliza a legalidade do exercício de todos os poderes públicos, aqui se incluindo atos, contratos, regulamentos e comportamentos do poder administrativo, mas também promove a sindicância do mérito e da validade das decisões jurisdicionais – atos de poder público de autoridade judiciária –, ainda que não tenha sido parte do processo²⁶ e fiscaliza a constitucionalidade e legalidade de atos normativos.

A fiscalização da função jurisdicional é indubitavelmente uma das vertentes da missão constitucional do MP em defesa da legalidade democrática, mostrando-se essencial para assegurar a plenitude desta e o equilíbrio dos poderes do Estado. Tal encontra-se amplamente refletido no EMP, com a previsão expressa da competência do MP para “recorrer sempre que a decisão seja efeito de conluio das partes no sentido de

²⁴ Artigo 4.º da Lei n.º 68/2019, de 27 de agosto que aprova o Estatuto do Ministério Público.

²⁵ Nos termos do artigo 51.º do ETAF, compete ao MP, além do mais, “defender a legalidade democrática e promover a realização do interesse público”.

²⁶ Artigos 141.º, 152.º, n.º 1 e 7 e 155.º do CPTA e artigo 4.º, n.º 1, als. j) e q) do EMP.

*fraudar a lei ou tenha sido proferida com violação de lei expressa*²⁷, para “defender a independência dos tribunais” e também para “velar para que a função jurisdicional se exerça em conformidade com a Constituição e as leis”²⁸, competências igualmente asseguradas pelo CPTA.

Em função do seu recorte constitucional, o MP defende a legalidade e preserva e promove o interesse público atuando como órgão constitucional dotado de plena autonomia, sem a interferência de outros poderes e apenas subordinado a critérios de legalidade e objetividade.

4.2. O MP no atual modelo de contencioso administrativo

5. Atualmente, no domínio de aplicação do CPTA, o MP é notificado para os termos da instância *em todas* as ações administrativas em que não seja parte, sendo-lhe sempre fornecida, no momento da citação dos demandados, cópia da petição e dos documentos que a instruem²⁹. O MP pode pronunciar-se sobre o mérito das causas, quer “em defesa de direitos fundamentais”, quer em defesa “de interesses públicos especialmente relevantes”, ou ainda em defesa dos valores ou bens que justificam a *ação popular*. Nos processos impugnatórios, goza ainda do poder de acrescentar causas de invalidade às alegadas pelo autor e solicitar diligências de prova. E pode, ainda – muito relevantemente –, assumir a posição do autor, em caso de desistência ou extinção da lide por facto imputável ao autor, estando especialmente prevista uma vista final do processo ao MP para esse efeito³⁰.

Ainda de acordo com o regime processual previsto no CPTA, o MP pode interpor recurso de qualquer decisão jurisdicional se esta “tiver sido proferida com violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais”³¹, para o que lhe são oficiosamente notificadas *todas* as decisões

²⁷ Artigo 4.º, n.º 1, al. q) do EMP.

²⁸ Artigo 4.º, alínea j), do EMP.

²⁹ Artigo 85.º, n.º 1 do CPTA. Antes, é publicada a distribuição – v. 209.º, n.º 2 do CPC e 1.º do CPTA.

³⁰ Artigo 62.º do CPTA.

³¹ Artigo 141.º do CPTA.

finais que sejam proferidas em quaisquer causas, por força do preceituado no artigo 252.º do CPC, subsidiariamente aplicável ao contencioso administrativo (v. artigo 23.º do CPTA) e também de harmonia com o preceituado no artigo 4.º, n.º 3 do EMP, normativos que integram a garantia do exercício da função fiscalizadora do MP sobre decisões jurisdicionais³².

Como vem sendo assinalado, este papel relevante que o CPTA reservou ao MP no contencioso administrativo, espelha “direito constitucional concretizado”, sinalizando a subsistência de uma “dimensão objetivista” da justiça administrativa, a par do amplo reconhecimento de vias de tutela de direitos e interesses particulares³³. E embora a CRP não imponha o concreto figurino de participação que o CPTA comete ao MP no processo para tutela da legalidade objetiva e de interesses não individualizados, dela decorre um vínculo no sentido de se reconhecer ao MP um papel na justiça administrativa – estadual e arbitral –, em expressão suficiente e adequada para tornar possível o desempenho da sua missão constitucional.

4.3. A ausência do MP nos tribunais arbitrais

6. Nem a LAV, nem o EMP, nem as leis de processo e de organização judiciária, preveem modos de representação do MP junto de tribunais arbitrais³⁴, nem qualquer nível de participação pelo MP nesses tribunais, o mesmo se patenteando nos diplomas que até ao momento estabelecem disciplinas para a arbitragem pública institucionalizada – v.g. os casos da arbitragem tributária, no Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro

³² Para além das decisões finais, são também notificadas ao MP quaisquer decisões, quaisquer que elas sejam, mesmo interlocutórias, que possam suscitar recursos obrigatórios por força de lei, nos termos dos artigos 252.º e do CPC e 4.º, n.º 3 do EMP.

³³ JORGE MIRANDA, *Os parâmetros constitucionais da reforma do contencioso administrativo*, A Reforma do Contencioso Administrativo, p. 366, bem como SÉRVULO CORREIA, *A Reforma...*, p. 69 e também, *Direito do Contencioso Administrativo I*, 2005, pp. 637 e segts.

³⁴ O artigo 8.º do EMP, identifica os representantes do MP nos tribunais estaduais ali referidos, acrescentando que o MP “é representado nos demais tribunais nos termos da lei.” O que não significa apenas que futura lei regulará sobre a representação do MP nesses tribunais, mas também que essa representação neles deverá imperativamente ocorrer.

(RJAT) e da arbitragem desportiva, na Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro (LTAD) –, não se percebendo se tal omissão corresponde a simples inação conivente com dificuldades de ordem prática e financeira ou a uma opção conscientemente assumida.

A questão da falta de representação do MP junto dos tribunais arbitrais já foi objeto de análise pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, muito embora no prisma do desempenho pelo MP da sua função de *representação do Estado* e não no distinto papel de defensor da legalidade. Concluiu tal órgão consultivo que “os tribunais arbitrais, como tribunais, em regra, *ad hoc*” que são –, e especialmente vocacionados para dirimir conflitos relativos a interesses disponíveis, não comportam obviamente que junto deles funcionem magistrados do Ministério Público.”³⁵ e que “a lei só prevê que o Ministério Público represente organicamente o Estado-Administração junto dos tribunais judiciais e administrativos em que funcione”³⁶.

Segundo nos parece, a inexistência de um corpo de magistrados do MP que possa, senão acompanhar e participar na tramitação do processo, pelo menos, assegurar a impugnação das decisões proferidas por esses tribunais, ainda que funcionando exteriormente a estes, interfere com a função constitucional do MP de defesa da legalidade democrática e com os deveres estatutários irrenunciáveis deste³⁷.

³⁵ Parecer n.º 74/1991, de 21 de novembro, D.R., 2.ª Série, n.º 116, de 20 de maio de 1992, a respeito da representação do Estado em ações emergentes de contratos de investimento estrangeiro em tribunais arbitrais.

³⁶ Parecer n.º 114/2003, de 11 de março, D.R. n.º 134/2005, Série II de 14 de julho de 2005, a respeito da representação de incapazes em tribunais arbitrais. Ainda com interesse, vejam-se os Pareceres n.º 10/2005, de 2 de setembro, quanto à (não) representação do Estado nos Julgados de paz, e n.º 33/2011, de 12 de outubro, quanto à representação do MP em procedimentos de injunção, este concluindo caber ao MP competência para representar o Estado nesse contexto, imputando tal competência ao magistrado junto do tribunal judicial competente para o julgamento da causa em caso de oposição.

³⁷ A questão é também patente na área cível, anotando Lopes do Rego que “poderá constituir um sério “défice” à plenitude da realização das funções processuais do MP na área cível a não instituição de um quadro orgânico de representação” junto dos tribunais arbitrais – v. LOPES DO REGO, *Representação do Estado, interesses difusos e colectivos: os obstáculos à plena atuação das competências do Ministério Público na jurisdição cível*, VII Congresso do Ministério Público: A responsabilidade comunitária da Justiça; o papel do Ministério Público, SMMP, 2008, p. 181.

Como avisadamente foi observado ainda na fase de discussão pública da reforma que conduziu à publicação do CPTA, passando a admitir-se arbitrabilidade de questões de legalidade, não deveria o legislador esquecer o papel do MP como uma das condicionantes dessa abertura³⁸, o que não veio a ter acolhimento no Código e mereceu crítica de autorizada doutrina, entendendo que “deveria ter-se assegurado a defesa da legalidade democrática através da intervenção do Ministério Público em todos esses órgãos”, por se tratarem de “órgãos da jurisdição administrativa” cuidando de “matérias de direito público, e de interesse público”³⁹.

A este propósito também Sérvulo Correia sugeriu em vários escritos que o legislador deveria “pensar na articulação entre as missões constitucionais do Ministério Público e a arbitragem administrativa”, estendendo ao processo arbitral administrativo o regime de participação do MP nos tribunais estaduais “com os arranjos processuais necessários à fluidez do relacionamento entre o tribunal arbitral e o agente do Ministério Público competente”, sugerindo o reconhecimento ao MP de legitimidade para interposição do recurso de uniformização de jurisprudência, bem como “legitimidade para pedir a anulação da sentença arbitral administrativa nos termos do artigo 46.º da LAV”⁴⁰.

Mais recentemente, outras autorizadas vozes consideraram que “uma futura revisão do CPTA ou uma futura lei da arbitragem administrativa não pode deixar de ponderar a possibilidade de intervenção processual do MP no processo arbitral que tenha por objeto a apreciação da legalidade de atos administrativos”⁴¹.

³⁸ JOÃO MARTINS CLARO, *A arbitragem no anteprojecto do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, CJA, n.º 22, 2000, p. 84.

³⁹ J. A. DIMAS DE LACERDA, *A revista do Ministério Público e a reforma do contencioso administrativo*, Revista do Ministério Público, n.º 97, 2004, pp. 7 a 16.

⁴⁰ SÉRVULO CORREIA, *A representação das pessoas colectivas na arbitragem administrativa*, Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, 2015, pp. 131 e 132. Já anteriormente, o Autor havia apresentado outras sugestões, incluindo a da notificação ao MP das sentenças arbitrais anulatórias de atos administrativos possibilitando o respetivo recurso e “para neutralizar o risco de conluio ou falta de zelo da entidade administrativa parte no processo” – v. *Direito Administrativo I*, 2005, p. 688 e ainda, *A arbitragem...*, pp. 683 a 720.

⁴¹ CARLOS CADILHA, *Reserva de jurisdição estadual e limites à arbitragem administrativa*, in *Nos 20 anos dos CJA*, 2017, p. 58.

Tais observações e sugestões foram também reiteradas e debatidas aquando da reforma legislativa que veio a dar origem, entre outras, às Leis n.º 114/2019, de 12 de setembro e n.º 118/2019, de 17 de setembro, alterando o ETAF e o CPTA, não tendo vindo a ser acolhidas pelo legislador.

Procurando algum apoio na lei atualmente vigente para nela fundar a participação do MP na arbitragem administrativa, alguns Autores defendem ser essa uma das “*devidas adaptações*” que deve ser feita às normas de funcionamento previstas na LAV, como previsto no artigo 181.º, n.º 1 do CPTA⁴², entendimento que não afasta o vazio de competências funcionais no que respeita à representação do MP (artigo 8.º, n.ºs 1 e 2 do EMP).

7. A ausência do MP na tramitação processual dos tribunais arbitrais pode ser compreensível e desejável em litígios de direito privado⁴³ e em litígios jurídico-administrativos que cuidem essencialmente de interesses privados. Parece também possível aceitar-se, pelo menos de um ponto de vista constitucional, que o julgamento arbitral envolvendo a legalidade de atos administrativos, se possa processar sem que ao MP seja conferida uma participação processual nos exatos moldes que se encontram hoje previstos no CPTA, os quais, como vimos já, não são uma imposição constitucional.⁴⁴

Mas, aceitar que o MP não participe no processo tramitado nos tribunais arbitrais, não significa que este deva ficar arredado do resultado da atividade

⁴² VASCO MOURA RAMOS, *Ob. Cit.*, pp. 281 a 288. No sentido de existir uma adesão implícita do MP à convenção de arbitragem, possibilitando a sua intervenção com fundamento no artigo 36.º da LAV, veja-se, SUHEIL MAHOMED SALÉM, *Arbitragem administrativa: o papel conferido ao Ministério Público no processo arbitral*, e-Publica, Vol. 3, n.º 2, 2016, p. 287, in www.e-publica.pt.

⁴³ Já houve quem, no séc. XVII, comparasse a participação do MP no processo civil à introdução de órgãos musicais nas Igrejas, notando que só serviam para alongar a cerimónia – v. ROBERT VOUIN, *Le ministère public dans l'exercice de sa "magistrature particulière" en matière répressive*, Journal des Tribunaux, n.º 3968, 1953, p. 83, cit. A. MEUUS, *Le Rôle du Ministère Public en Droit Judiciaire Privé*, in *Procesrecht vandaag. Referatenboek Postuniversitaire Cyclus Procesrecht*, Gent-Antwerpen 1979-1980, 1980, p. 161, disponível em www.tpr.be/content/1980/1980-143.pdf.

⁴⁴ Todavia, uma solução de coexistência de duas vias processo alternativas, uma incluindo a presença do MP e outra, excluindo-a, entregando às partes a escolha do modelo, não deixaria de ser perturbadora e contra o sistema, como assinala VASCO MOURA RAMOS, *Ob. cit.*, p. 273 e 274.

jurisdicional neles praticada e, na prática, impossibilitado de reagir contra decisões arbitrais ofensivas da legalidade democrática. Como órgão constitucional defensor da legalidade, há de ser reconhecido ao MP, pelo menos, o poder de avaliar as decisões arbitrais e de as impugnar no exercício das suas competências constitucionais e estatutárias, assegurando-lhe o seu conhecimento tempestivo e condições para o fazer. Esse «grau mínimo» de participação do MP na arbitragem administrativa deve ser reconhecido pelo legislador – impõe-se-lhe constitucionalmente –, para impugnar qualquer decisão violadora da legalidade democrática e do interesse público.

4.4. A competência recursiva prevista no EMP

B. O EMP prevê, a par da competência genérica do MP para “defender a independência dos tribunais” e “velar para que a função jurisdicional se exerça em conformidade com a Constituição e as leis”, a sua competência específica para “recorrer sempre que a decisão seja efeito de conluio das partes no sentido de fraudar a lei ou tenha sido proferida com violação de lei expressa”⁴⁵.

A impugnação de decisões jurisdicionais prevista na citada norma, inscreve-se nos deveres funcionais do MP e materializa o seu estatuto constitucional, à semelhança do que faz o legislador no CPTA ao reconhecer-lhe legitimidade para recorrer de decisões sempre que lhes detete a “violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais”⁴⁶. A interpretação do normativo não autoriza “qualquer visão limitativa ou restritiva, antes até, aponta a latitude da estatuição legal, dentro da sua visão teleológica, em direção inversa, num sentido ampliativo, que não mesmo integrativo”⁴⁷.

O EMP consagra, por isso, uma legitimidade substantiva⁴⁸ especial em matéria de recursos, paralela ao regime geral e normal de legitimidade recursiva averbado nas leis de processo e na arbitragem, que é válida para

⁴⁵ Artigo 4.º, n.º 1, alíneas f) e g), do EMP.

⁴⁶ Artigo 141.º do CPTA.

⁴⁷ JOSÉ DIAS BRAVO, RMP, Ano 3.º, n.º 9, 1982, pp. 28 e segts.

⁴⁸ RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código do Processo Civil, III*, 1972, p. 227.

todas as decisões de todos os tribunais, incluindo a justiça administrativa e os tribunais arbitrais, cujas sentenças não podem aspirar a uma acrescida definitividade intrínseca relativamente às sentenças dos demais tribunais, pelo contrário. A norma sobrepe-se, pois, à regra da irrecorribilidade das decisões arbitrais, estabelecida na LAV para as partes e por vontade destas derogável, bem como às normas do CPTA que vieram prever recursos em sede de arbitragem administrativa.

9. O conluio em fraude à lei, previsto na alínea q) do artigo 4.º, n.º 1 do EMP como um dos fundamentos que conferem ao MP legitimidade para recorrer da decisão arbitral, refere-se à criação de situações de facto ou de direito com o propósito de obter “por via indireta” o mesmo resultado que a lei pretende evitar ou impedir por normas imperativas, podendo resultar de concertação das partes ou, em situações mais patológicas, abranger a colaboração ou conivência dos próprios árbitros. Ao MP assiste o poder-dever de interpor recurso da decisão arbitral sempre que se lhe revele que o processo de arbitragem foi usado para, através do caso julgado, contornar normas imperativas, fazendo um uso anormal e reprovável do processo arbitral, não necessariamente orientado à prática de atos criminosos. Trata-se de um fundamento que não é desconhecido da arbitragem, assinalando Raúl Ventura que “embora seja pouco previsível a propositura de ações para fazer valer pretensões resultantes de factos destinados ao uso por uma das partes de corrupção ou de tráfego de influências, a prática tem mostrado, sobretudo no campo internacional, ações desse género, quer para a obtenção dos benefícios prometidos quer para reclamações dos resultados pretendidos ou, na falta destes, libertação das obrigações assumidas. É claro que tais questões não aparecem assim “desnudas”, antes cobertas por qualquer diáfano véu de fantasia jurídica”⁴⁹.

⁴⁹ RAÚL VENTURA, *Convenção de Arbitragem*, Revista da Ordem dos Advogados, 46, 1986, p. 336. O artigo 342.º do CCP ao impor a comunicação ao Governo sempre que seja requerida a constituição de um tribunal arbitral em litígios que envolvam parcerias público-privadas, bem como a remessa periódica de atos processuais, pode aligeirar o risco de fraude nessas arbitragens, muito embora tal acompanhamento se mantenha dentro do poder administrativo.

10. Já a “*violação de lei expressa*”, prevista na alínea *q*) do artigo 4.º, n.º 1 do EMP, é também um dos casos que impõe ao MP a obrigatoriedade de recurso⁵⁰. O conceito de violação de lei expressa, num entendimento mais restritivo, pode circunscrever-se à ofensa de comandos legais diretos e inequívocos, cuja interpretação não consinta divergência razoável, correspondendo a sua violação tendencialmente ao erro manifesto da decisão ou, num sentido mais amplo, ser associado à ofensa de qualquer norma do ordenamento positivo cuja tutela esteja a cargo do MP. Percebe-se que, acolhendo-se o primeiro entendimento em detrimento do segundo, a verificação da ilegalidade seja quase automática, reconhecendo-se uma mais intensa vinculação jurídica na aplicação do direito por parte da decisão jurisdicional e também na iniciativa de atuação recursiva do MP.

A lei “expressa” aqui tutelada pode ter natureza adjetiva ou substantiva, abrangendo os pressupostos da decisão arbitral ou o conteúdo desta, envolvendo uma errada aplicação da lei segundo o critério do MP, estando a legitimidade deste assegurada e a admissibilidade do recurso apenas dependente da observância dos demais pressupostos. Parece acertada e justificada a observação de Cunha Rodrigues, aconselhando “*um uso moderado desta faculdade*”⁵¹, embora tal recomendação de prudência apresente maior pertinência quando referida à impugnação de decisões no âmbito de litígios de direito privado do que relativamente a decisões tomadas no foro do direito público, sobretudo as que envolvem atuações de autoridade e a aplicação de preceitos de interesse e ordem pública, e até mais para os tribunais estaduais do que para estes privados aos quais o Estado tenha confiado o exercício da autoridade jurisdicional.

Aplicada ao recurso de decisões arbitrais proferidas em arbitragens administrativas, a citada norma impõe uma interpretação que a adeque ao mesmo parâmetro de legitimidade que é reconhecido pelo CPTA para a impugnação de decisões proferidas pelos tribunais administrativos estaduais, abrangendo a violação de todo o universo de normas legais, adjetivas ou de direito substantivo sem exigir a individualização de qualquer preceito legal

⁵⁰ NEVES RIBEIRO, *O Estado nos Tribunais*, 1994, p. 21.

⁵¹ CUNHA RODRIGUES, *Em nome do Povo*, 1999, p. 212.

e bastando-se com a identificação de um princípio legal ou constitucional ofendido. Tal não significa promover o ataque a decisões arbitrais por um simples desacordo genérico quanto ao sentido da decisão de mérito, mas também não se trata de afirmar uma legitimidade recursiva que menospreze a convicção íntima do magistrado quanto à forte probabilidade da decisão ser revertida, nem uma legitimidade que deva estar confinada, por exemplo, a erros ostensivos ou de gravidade extrema ou exclusivamente ligada à ofensas de ordem pública ou a ilícitos criminais, parecendo-nos que não serão justificados receios quanto a um uso desnecessário ou abusivo da impugnação da decisão por parte do MP.

4.5. A tutela jurisdicional efetiva da ação pública

11. A CRP, como vimos, atribui ao MP a função e o estatuto de órgão autónomo encarregue da defesa da legalidade democrática, o que envolve necessariamente o acesso aos tribunais através da ação pública para a dedução de pretensões para o restabelecimento da legalidade de todos os atos jurídicos praticados por quaisquer entidades no exercício de poderes públicos, incumbência que reclama a garantia dos meios e vias processuais adequados a possibilitar um cabal desempenho.

Acresce, de acordo com a Lei Fundamental, que o próprio direito de acesso aos tribunais compreende a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º, n.ºs 1 e 4 da CRP) e muito embora tais garantias sejam talhadas para servir direitos de particulares, não parece ser de excluir a sua aplicação à defesa da legalidade e à tutela do interesse público, sendo legítimo supor que a atuação do MP junto dos tribunais para o exercício de um dever de defesa da legalidade, beneficia igualmente da garantia de acesso aos tribunais e de efetividade de tutela⁵².

Qualquer solução legal que, por ação ou omissão, negue ao MP o acesso aos tribunais para defesa da legalidade democrática, incluindo o acesso a meios processuais para fiscalização da legalidade de decisões em arbitragens administrativas, parece representar uma ofensa à missão constitucionalmente

⁵² VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 14.ª ed., 2015, p. 146.

atribuída ao MP e uma violação ao direito de tutela jurisdicional efetiva na sua vertente ligada à defesa da legalidade, atentando contra os artigos 219.º e 20.º da CRP. Tal ofensa ocorre quando o acesso a uma instância de recurso for diretamente imposto ao MP por uma norma legal, mas também se for ditado por deveres de obediência hierárquica⁵³ ou se resultar do poder-dever funcional que individualmente impende sobre cada magistrado.

O mesmo ocorrerá, naturalmente, com soluções legais que se revelem objetivamente insuficientes para garantir tal acesso ou que façam depender este de pressupostos de admissibilidade discricionários ou soluções que criem obstáculos processuais excessivamente onerosos ou injustificados para a prossecução desse mandato constitucional.

Como se lê em acórdão do Tribunal Constitucional, em jurisprudência que aqui se acolhe: “Incumbindo ao Ministério Público a defesa da legalidade, de acordo com critérios de objetividade, torna-se necessário que o regime adjetivo ordinário propicie os meios processuais indispensáveis à prossecução de tal objetivo.

Neste contexto, é inegável que a possibilidade de recorrer, em defesa da legalidade e da boa administração da justiça, é uma das dimensões mais importantes da concretização da função constitucionalmente cometida ao Ministério Público.”⁵⁴

O mesmo aresto, retomando anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional, apela à conexão entre os artigos 219.º e 20.º, n.º 1 da CRP, no sentido de afirmar que o direito de acesso à justiça, existe para além da sua subjectivização em posições individuais, concluindo que “a incumbência constitucional” do MP “implica que lhe seja garantido o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva, consagrados no artigo 20.º da Lei Fundamental”. E prossegue, afirmando que o direito de acesso à justiça é

⁵³ A atuação funcional dos magistrados do MP está sujeita a poderes de direção e hierarquia (v. artigo 14.º do EMP), designadamente, diretivas, ordens e instruções do Procurador-Geral da República (artigo 19.º, n.º 2, alínea b) do EMP), para além das competências dos Coordenadores dos Tribunais Centrais Administrativos (artigo 88.º do EMP).

⁵⁴ Acórdão do TC n.º 436/2016, D.R. n.º 197/2016, Série II de 2016-10-13. Vejam-se ainda os acórdãos do TC n.º 530/01, n.º 538/2007 e n.º 160/2010.

“um valor tutelável em si mesmo”, ancorado a um “princípio geral da realização do direito atuado pelos órgãos estaduais com competência nesta matéria. É em função da plena observância deste princípio e do valor que ele encerra que o Ministério Público tem o poder-dever de interpor recurso, quando entende que uma decisão judicial não assegura a sua realização”⁵⁵.

Ou seja, “os padrões valorativos que inspiram o artigo 20.º da Constituição, eles próprios expressão de uma exigência geral de realização e preservação do princípio do Estado de Direito, não podem deixar de ser convocados pura e simplesmente por estar em causa uma posição processual do Ministério Público”⁵⁶.

12. O acesso do MP a meios impugnatórios da decisão arbitral representa para este a abertura de um primeiro grau de jurisdição, uma vez que este não participa de qualquer forma do processo arbitral, nem é aí representado. De qualquer modo, pode questionar-se se a impugnação da decisão arbitral por parte do MP em defesa dos interesses que este prossegue não se deve configurar como uma situação que substantivamente imponha sempre, por natureza e em razão da relevância dos interesses sob tutela, a abertura de um segundo grau de jurisdição.

Assumindo-se que a CRP não garante um direito de recurso para a tutela generalizada de direitos, é pacífico que em certas circunstâncias, a privação de um segundo grau de jurisdição interfere com o direito constitucional do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º, da CRP), como sucede, entre outros, nos casos das sentenças penais condenatórias ou envolvendo direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga⁵⁷, podendo suscitar-se a mesma questão a respeito das decisões dos tribunais arbitrais que na avaliação do MP representem uma ofensa à legalidade democrática e aos interesses públicos essenciais que esse órgão

⁵⁵ Acórdão do TC n.º 436/2016. Vejam-se também os votos de vencido dos Conselheiros Maria Fernanda Palma e Guilherme da Fonseca, no acórdão do TC n.º 530/01 e do Conselheiro Rui Moura Ramos, no acórdão do TC n.º 160/2010.

⁵⁶ Voto de vencido do Conselheiro Rui Moura Ramos, no acórdão do TC n.º 160/2010.

⁵⁷ Exemplificativamente, o Ac. TC n.º 280/2015, D.R. n.º 115/2015, Série II, de 2015-06-16.

constitucionalmente prossegue. Com efeito, parece dever reconhecer-se ao MP a garantia constitucional para reagir contra decisões jurisdicionais por si reputadas de lesivas da legalidade democrática num processo jurisdicional em que não foi chamado a participar, quer a ofensa à legalidade provenha da situação objeto do litígio que por erro de julgamento não foi reestabelecida, quer advenha diretamente da decisão arbitral.

Estando em causa sentenças proferidas por tribunais arbitrais, aliás, à reivindicação de uma instância de recurso, pode somar-se a exigência dessa pronúncia dever provir de tribunais do Estado, muito especialmente no julgamento de litígios em matérias que envolvam ou pressuponham a apreciação da legalidade de atuações de poderes públicos e, sobretudo, em contexto de arbitragens necessárias.

A este título, registam-se as palavras do Tribunal Constitucional no acórdão n.º 230/2013, no sentido de que “a intervenção de órgãos judiciais do Estado torna-se particularmente exigível quando se trate de assegurar, no quadro regulatório da atuação de entidades privadas investidas em poderes públicos, a sua vinculação à lei e aos princípios materiais de juridicidade administrativa, e, desse modo, também, a adequada fiscalização do desempenho da tarefa pública que lhes incumbe”⁵⁸. Para o TC, a circunstância de estarem “implicados poderes de autoridade que resultam de uma transferência de responsabilidade no exercício de uma certa tarefa pública, de que o Estado é ainda o titular e por cuja execução continua a ser o garante, justifica que se invoque uma reserva relativa de juiz que proporcione aos tribunais estaduais a última palavra na resolução de litígios que resultem dessa intervenção administrativa delegada”. Com base neste entendimento, o TC julgou inconstitucional a falta de previsão de um recurso das decisões do Tribunal Arbitral do Desporto para os tribunais

⁵⁸ Ac. TC n.º 230/2013, D.R. n.º 89, Série I de 2013-05-09, proferido em sede de apreciação preventiva da constitucionalidade da lei que instituiu o Tribunal Arbitral do Desporto. Na mesma linha se pode apontar o Ac. TC n.º 177/2016, que discorre que “se não for possível sindicatá-la juridicamente a decisão de um tribunal arbitral tributário que, à revelia do quadro regulamentar estabelecido, se considere competente numa certa matéria, então tal significará que não existe nenhuma forma de assegurar que funções tributárias que o Estado deve exercer não lhe serão “confiscadas”, sem controlo por um tribunal do Estado.”

estaduais, tendo tal jurisprudência vindo a ser confirmada em posterior aresto que considerou não ser suficiente para garantir o direito de acesso e também os princípios da proporcionalidade e da tutela jurisdicional efetiva, a previsão de recursos excecionais da decisão arbitral⁵⁹.

O citado acórdão do TC n.º 230/2013 discorre a respeito do direito de recurso “das partes” na arbitragem e em contexto de “arbitragem necessária”, muito embora tenha deixado claro que a violação do direito de acesso aos tribunais se deteta “não apenas por se tratar de decisões adotadas no âmbito de uma arbitragem necessária, mas também pela natureza dos direitos e interesses em jogo e pelo facto de estar em causa o exercício de poderes de autoridade delegados”.

Registe-se que as restrições ao direito de acesso aos tribunais, sendo admissíveis, deverão ser justificadas, proporcionais e razoáveis⁶⁰, critério que deverá presidir ao desenho de soluções legislativas que vedem em absoluto o recurso de decisões arbitrais por parte do MP no exercício da ação pública, que corresponde, afinal, a um “*dever de acesso*”.

13. Não parece, pois, que ao MP possa ser subtraída em absoluto a possibilidade de promover a sindicância de decisões arbitrais proferidas em sede de relações jurídico-administrativas, especialmente as que envolvam o julgamento de questões de legalidade e em particular as relativas a atos de autoridade da administração. A uma subtração absoluta da abertura de uma via judicial, equivale o seu condicionamento global a pressupostos de admissibilidade de verificação subjetiva que prevaleçam sobre a avaliação que o MP faz no quadro da sua autonomia a respeito da necessidade de tutela, tornando incerta a abertura da via impugnatória.

⁵⁹ Ac. do TC n.º 781/2013, D.R. n.º 243, Série I, de 2013-12-16 que declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de normas integrantes da Lei que aprovou o TAD.

⁶⁰ Quanto à “duvidosa constitucionalidade” da imposição de renúncias a recursos em contratos de concessão e PPP’s, v. ISABEL CELESTE FONSECA, *A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?* e ANA PALHARES, *A arbitragem e a renúncia dos entes públicos ao direito de acesso aos tribunais do Estado*, ambos os estudos, in *A arbitragem administrativa e tributária – problemas e desafios*, 2013, respetivamente, pp. 159 e segts. e 41 e segts.

O reconhecimento desse dever de acesso de raiz constitucional, é, de resto, materializado pelo legislador do CPTA em termos muito amplos, abrindo a porta do recurso jurisdicional ao MP sempre que as decisões se mostrem, no seu próprio critério, "proferidas com violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais"⁶¹, cabendo notar a impossibilidade do MP renunciar antecipadamente a recursos⁶², em conformidade com o recorte constitucional das suas funções.

Sobretudo, estando em causa matérias em relação às quais a lei reconhece ao MP um *irrestrito* direito de ação pública, como é, por exemplo, o caso da impugnação de atos administrativos, parece ser constitucionalmente inadmissível que lhe possa ser subtraído o direito de impugnar a decisão arbitral em defesa da legalidade democrática e do interesse público, devendo o legislador consagrar soluções legais e organizativas que o viabilizem e não o obstaculizem.

5. As vias de impugnação da decisão arbitral pelo MP

14. No desempenho da sua função e competências constitucionais e estatutárias, o MP impugna decisões jurisdicionais sempre que tal se revele necessário à defesa da legalidade democrática, sendo tal necessidade diretamente identificada em norma legal, em instrumento de natureza hierárquica ou reconhecida por cada magistrado em avaliação casuística.

Em alguns casos, o próprio legislador impõe que certas decisões sejam objeto de reapreciação por outras instâncias, impondo a obrigatoriedade de recurso por parte do MP. É o que sucede, entre outras, com as decisões que recusem aplicar normas com fundamento na sua inconstitucionalidade ou ilegalidade por violação da lei com valor reforçado⁶³, ou que apliquem

⁶¹ Artigo 141.º, n.º 1 do CPTA.

⁶² A proibição de renúncia é expressamente afirmada no artigo 632.º n.º 4, do CPC, mas já decorreria dos artigos 291.º da CRP, 1.º a 3.º do EMP, 51.º do ETAF e da natureza da sua função constitucional.

⁶³ Artigo 280.º, n.º 1, al. a), 2, al. a) e 3 da CRP e artigo 72.º, n.º 3 da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro.

normas julgadas inconstitucionais ou ilegais⁶⁴, ou que em 1.ª instância declarem a ilegalidade de normas com força obrigatória geral⁶⁵, assim como nos casos de *recursos de uniformização de jurisprudência* previstos nos artigos 152.º, n.º 7 do CPTA e 27.º, n.º 2, al. a) do ETAF⁶⁶.

Noutras situações, a obrigatoriedade de recurso pode ser ditada por diretivas, ordens ou instruções de natureza hierárquica que, no quadro da autonomia do MP, identifiquem ou reconheçam certo tipo de decisões como impondo a necessidade da sua reapreciação ou anulação, por exemplo, em função dos interesses ofendidos, dos seus efeitos ou do seu valor económico.

O grau de objetividade e precisão dos enunciados destas previsões que estabelecem a obrigatoriedade de recurso por parte do MP, tenham elas origem em comandos legais ou de natureza hierárquica, é variável, podendo convocar espaços de liberdade interpretativa e condicionar em maior ou menor medida a iniciativa de cada magistrado.

Na generalidade dos casos, o controlo das decisões jurisdicionais pelo MP por via do recurso, é desencadeado por iniciativa individual de cada magistrado em resultado da sua própria avaliação, atuando a coberto de um poder-dever de defesa da legalidade. Essa avaliação pode dirigir-se ao conteúdo da decisão, questionando o seu acerto no confronto com o corpo normativo convocado – assegurando por essa via a preservação da legalidade objetiva do ordenamento jus-administrativo e contribuindo também para a qualidade do exercício da função jurisdicional –, ou dirigir-se à validade da própria decisão enquanto ato de poder jurisdicional no confronto com os pressupostos e condições para a sua prolação, velando para que a função jurisdicional se exerça em conformidade com a lei.

⁶⁴ Artigo 280.º, n.º 5 da CRP.

⁶⁵ Artigo 73.º, n.º 4 do CPTA. De acordo com o n.º 5 do mesmo artigo, nessas situações deve a secretaria remeter ao MP certidões das sentenças.

⁶⁶ No sentido de que na atuação do recurso de uniformização de jurisprudência não está em causa "uma faculdade de exercício obrigatório", v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 5.ª Ed. 2021, p. 1228.

15. Antes da alteração introduzida ao CPTA pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, o quadro normativo vigente em matéria de impugnação de decisões arbitrais em sede de arbitragem administrativa, repousava numa simples remissão operada pelo artigo 185.º-A, sob a epígrafe “impugnação das decisões arbitrais”, nela se dispondo que as decisões arbitrais podiam “ser impugnadas nos termos e com os fundamentos” estabelecidos na LAV. Tal remissão foi por nós entendida como fazendo uso do termo “impugnação” no seu sentido amplo, mais comum e também utilizado pelo legislador do CPTA em outras das suas normas⁶⁷. Nesse pressuposto, a remissão conduzia à aplicação dos artigos 46.º e 39.º, n.º 4 da LAV, ou seja, às duas vias impugnatórias da decisão arbitral pelas partes – o recurso e a “ação de anulação” (na terminologia da LAV, a “impugnação da decisão”), destinando-se a primeira a obter o reexame do mérito da decisão arbitral, obstando ao caso julgado e à sua execução, e a segunda a apreciar a validade da decisão sem interferir com o seu trânsito e respetiva execução. O “recurso” nos termos da LAV só é admissível a título excecional, se as partes o tiverem convencionado – ou remetido para um regulamento que o preveja – e se o tribunal não tiver decidido com recurso à equidade⁶⁸.

Com a alteração que lhe foi introduzida pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, o artigo 185.º-A passou a ostentar a epígrafe «impugnação e recurso das decisões arbitrais», acolhendo inequivocamente a terminologia usada na LAV, devendo agora entender-se a remissão do seu n.º 1 como restrita à ação de anulação prevista no artigo 46.º da LAV (impugnação *stricto sensu*), deixando de remeter para a LAV em matéria de recursos.

A mesma alteração legislativa veio a acrescentar ao artigo 185.º-A, os atuais n.ºs 2 e 3, passando a afirmar a já pretérita sujeição da decisão arbitral a recursos para o Tribunal Constitucional e a prever dois novos recursos especiais, ordinários, com efeito devolutivo, a interpor para o Supremo

⁶⁷ Em sentido amplo, a impugnação de decisões jurisdicionais, abarca todas as formas de pugnar contra as mesmas, incluindo reclamações, recursos ordinários e extraordinários ou ações de anulação de julgados. Esse sentido é o utilizado em outras normas do CPTA, por exemplo, no artigo 131.º, n.ºs 4 e 7.

⁶⁸ Artigo 39.º, 4 da LAV.

Tribunal Administrativo, um com fundamento em “oposição de julgados” e outro fundado em questões de relevo social ou jurídico de importância fundamental ou que envolvam necessidade para melhor aplicação do direito, decalcado sobre a revista excecional prevista no artigo 150.º do mesmo CPTA.

Este quadro é ainda complementado pelo artigo 476.º, n.º 5 do Código dos Contratos Públicos (CCP), introduzido pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto e pelo artigo 180.º, n.º 3 do CPTA, na redação aportada pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro. Assim, o artigo 476.º, n.º 5 do CCP, veio impor às partes a sujeição a recurso, ordinário de apelação⁶⁹, com efeito devolutivo, das decisões arbitrais proferidas em todos os litígios relacionados com procedimentos pré-contratuais ou contratos sujeitos ao referido Código, desde que de valor superior a 500.000 de euros. O artigo 180.º, n.º 3, alínea b), do CPTA, por seu turno, passou a prever a regra segundo a qual, nos processos de impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos previstos no artigo 100.º de valor inferior a 500.000 euros, está garantida às partes a possibilidade de um recurso ordinário da decisão arbitral, urgente e com efeito devolutivo, desde que o cenário de recurso tenha sido salvaguardado pela entidade adjudicante ou declarado por algum dos concorrentes ou candidatos.

O cenário impugnatório da decisão arbitral administrativa desdobra-se, assim, e considerando apenas recursos ordinários, pelos Tribunais Centrais Administrativos competentes⁷⁰, nos casos da ação de anulação ou de recursos de apelação em matéria pré-contratual e contratual, e pelo Supremo Tribunal Administrativo, no caso dos dois recursos ordinários especiais previstos no artigo 185.º-A, n.º 3 do CPTA, para além das situações de recurso para o Tribunal Constitucional nos termos do artigo 280.º da CRP e 70.º e segts. da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (LCT).

⁶⁹ TIAGO SERRÃO, *Considerações sumárias sobre a arbitragem no CCP revisto*, RDA, 1, 2018, p. 96 e RUI MEDEIROS, *Regime de recurso das decisões arbitrais no CCP revisto – uma reflexão constitucional*, in *A Constituição e a Administração Pública*, 2018, p. 120.

⁷⁰ Sendo territorialmente competentes aqueles em cuja circunscrição se situou o local da arbitragem, nos termos dos artigos 59.º n.º 1, alíneas e) e g), da LAV e artigo 37.º, alínea b), do ETAF.

16. Este quadro normativo convoca-nos a imediata questão de saber se, e em que medida, poderá fundar, vedar ou condicionar iniciativas conduzidas pelo MP visando a impugnação de decisões arbitrais em defesa da legalidade. Este novo quadro recursivo será também aplicável ao MP? Se sim, excluirá o uso de outras vias de natureza impugnatória pelo MP? E se exclui, será este um corpo adjetivo suficiente para o desempenho das competências constitucionais e estatutárias do MP?

Tais interrogações arrastam também a questão de saber quais são, afinal, as formas processuais de natureza impugnatória que a lei coloca ao dispor do MP para que este cumpra as suas competências de defesa da legalidade democrática relativamente à decisão arbitral.

5.1. Os recursos ordinários comuns previstos no CPTA

17. Não é para nós claro se o corpo de normas que o CPTA e o CCP vieram dedicar à impugnação e recursos da decisão arbitral possa ser mobilizado pelo MP e, sendo-o, possa ser apto ao desempenho das suas competências constitucionais e estatutárias em sede de fiscalização de decisões jurisdicionais e recursos em defesa da legalidade. Tais normas, à semelhança daquelas que na LAV regulam os recursos da decisão arbitral, visarão exclusivamente limitar a autonomia das partes na convenção de arbitragem, privando-as de dispor sobre a suscetibilidade ou não de um recurso da decisão arbitral, não tendo propriamente por escopo ou por efeito interferir com a atuação de competências do MP em face de decisões violadoras da legalidade democrática, nem disciplinar diretamente a estabilidade da decisão jurisdicional arbitral, a qual dependerá sempre da sua notificação ao MP. A ser assim, parece desenhar-se a este nível uma lacuna que importará preencher por analogia ou recriando norma no espírito do sistema.

Por outro lado, os recursos de apelação previstos nos artigos 476.º, n.º 5 do CCP e 180.º, n.º 3, al. b) do CPTA, têm o seu objeto assumidamente restrito a uma parte do universo alargado dos possíveis litígios sujeitos à arbitragem administrativa. E, como adiante veremos, o quadro normativo vertido no artigo 185.º-A, n.º 3 do CPTA, assenta em fundamentos limitados

e/ou faz depender o recurso de pressupostos de admissibilidade subjetivos, parecendo-nos insuficiente para assegurar o desempenho das competências constitucionais e estatutárias do MP. Trata-se, por isso, de previsões imprestáveis para a sua aplicação analógica aos recursos a interpor pelo MP para defesa da legalidade objetiva e do interesse público.

O paralelismo da decisão arbitral à estadual e a legitimidade substantiva do MP para reagir contra decisões jurisdicionais, emergente também do artigo 4.º, n.º 1, al. p) do EMP, parecem ditar que a este sejam reconhecidos meios processuais aptos, despontando a necessidade de aplicação das normas gerais que no CPTA regem os recursos de decisões dos tribunais administrativos por parte do MP, seja por aplicação direta dessas normas, seja pela ausência de outro corpo adjetivo que possa adequadamente servir o desempenho do MP.

Parece, assim, que em interpretação conforme com o texto constitucional, se deva reconhecer ao MP legitimidade para impugnar decisões arbitrais em defesa da legalidade através de recurso ordinário de apelação, a interpor para o TCA e a processar nos termos e com os efeitos regulados nos artigos 140.º e segts. do CPTA, o que está longe de envolver qualquer ameaça real à estabilidade da instituição arbitral, dada a natureza do órgão recorrente e a excecionalidade da sua atuação.

O MP pode ainda mobilizar o quadro de recursos ordinários previsto no CPTA para, sendo o caso, interpor recurso de revista para o STA de acórdãos dos Tribunais Centrais Administrativos proferidos em apelações de decisões arbitrais, nos casos em que estes têm lugar em sede de contencioso contratual, ou em ações de anulação, ainda que, em ambos os casos, se tratem de decisões proferidas em instâncias impugnatórias iniciadas por particulares.

5.2. Os recursos ordinários especiais do artigo 185.º-A, n.º 3 do CPTA

18. No artigo 185.º-A, n.º 3 do CPTA, o legislador veio contemplar para a arbitragem administrativa dois recursos ordinários especiais – um recurso por “oposição de julgados” e um recurso seguindo os termos do

recurso de revista excepcional previsto no artigo 150.º do mesmo Código⁷¹, ambos a interpor para o STA, da decisão arbitral de mérito que ponha termo ao processo arbitral, antes do seu trânsito em julgado.

Será que o MP *também* pode mobilizar tais recursos atuando em defesa da legalidade? Ou será que *só* poderá fazer uso desses recursos e não de outros?

Na nossa leitura, as normas que regulam recursos da decisão arbitral têm o seu âmbito de aplicação restrito aos sujeitos subscritores da convenção da arbitragem, destinando-se os meios impugnatórios ali previstos a servir a tutela dos respetivos direitos e interesses particulares na arbitragem. Todavia, é inegável uma forte presença do interesse público nos interesses convocados nos fundamentos dos recursos previstos no n.º 3 do artigo 185.º-A, visando a uniformidade e a boa aplicação do direito e a decisão de questões de fundamental interesse geral. Seriam, por isso, instrumentos processuais com aptidão natural para o desempenho do MP em defesa da legalidade, embora insuficientes para tal.

19. Quanto à previsão de uma via de recurso da decisão arbitral com fundamento em oposição de julgados, ela é idêntica, embora não coincidente, à consagrada para a arbitragem tributária⁷² e para a arbitragem desportiva⁷³, servindo objetivos semelhantes aos do recurso extraordinário de “uniformização de jurisprudência” consagrado no artigo 152.º do CPTA. A doutrina que não reconhece legitimidade ativa ao MP para a mobilização deste recurso⁷⁴ parece ser de aceitar, a menos que se forçasse uma interpretação com o alcance de que este recurso, quando interposto pelo

⁷¹ Apontando a este recurso o “alcance de permitir submeter a integralidade da jurisprudência arbitral de Direito Administrativo ao crivo do Supremo Tribunal Administrativo”, v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Principais Alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos introduzidas pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro*, e-Pública Vol. 6 n.º 3, dezembro 2019, p. 26.

⁷² Artigo 25.º do RJAT.

⁷³ Artigo 8.º da Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro.

⁷⁴ No sentido de não caber legitimidade ao MP para a interposição deste novo recurso, o qual só estaria ao acesso das partes, v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADELHA, *Comentário...*, p. 1402.

MP, não teria por efeito confirmar ou substituir a decisão final, mas apenas provocar uma decisão que resolvesse em abstrato o conflito, à semelhança do que sucede com o recurso extraordinário do MP em sede de fixação de jurisprudência. Note-se que estando este recurso de oposição vedado ao MP, a este também não se encontra aberta a via de um recurso *extraordinário* de uniformização de jurisprudência contra decisões arbitrais, parecendo inaceitável a dualidade de regimes de atuação de competências por parte do MP nesta matéria, consoante esteja perante decisões estaduais ou arbitrais, as primeiras sujeitas a uma obrigação legal de recurso e as segundas isentas de qualquer controlo.

20. Quanto ao recurso da decisão arbitral previsto no artigo 185.º-A, n.º 3 do CPTA, alínea b), assentando os seus fundamentos na importância fundamental de questões de relevo social ou jurídico ou na clara necessidade para uma melhor aplicação do direito, nada aponta no sentido de excluir legitimidade do MP para a sua interposição. Muito pelo contrário, ele pode ser visto como um meio processual apto por natureza a servir a defesa da legalidade objetiva por parte do MP, especialmente se se aceitar que tal recurso visa em primeira linha a tutela do interesse público e só mediamente direitos e interesses das partes⁷⁵. Em concreto, o fundamento da melhor aplicação do direito vem sendo associado pela jurisprudência do STA a “situações respeitantes a matérias relevantes tratadas pelas instâncias de forma pouco consistente ou contraditória, impondo-se a intervenção do órgão de cúpula da justiça administrativa como condição para dissipar dúvidas sobre o quadro legal que regula certa situação (...) com o significado de boa administração da justiça em sentido amplo e objetivo.”⁷⁶

Entender que este recurso é mobilizável pelo MP e tem aptidão para servir a defesa da legalidade democrática, não significa aceitar que o

⁷⁵ Neste sentido, v. entre outros, os acórdãos do STA, de 16/6/2010, Proc. n.º 296/10, de 30/5/2007, Proc. n.º 0357/07; de 20/5/09, Proc. n.º 295/09, de 29/6/2011, Proc. n.º 0568/11, de 7/3/2012, Proc. n.º 1108/11, de 14/3/12, Proc. n.º 1110/11, de 21/3/12, Proc. n.º 84/12, e de 26/4/12, Procs. n.ºs 1140/11, 237/12 e 284/1 *in* www.dgsi.pt.

⁷⁶ Exemplificativamente, o Ac. do STA, de 27-01-2022, no Proc. 01291/20.6BEPRT, *in* www.dgsi.pt.

mesmo possa *per se* valer como meio adequado e suficiente para assegurar o desempenho das competências do MP nesta matéria.

Tratando-se de um recurso de natureza excecional, cuja admissibilidade depende de um juízo prévio em torno de pressupostos subjetivos de elevado grau de discricionariedade do tribunal, parece-nos que, enquanto única via processual impugnatória ao dispor do MP, ela será inadequada e insuficiente ao desempenho das suas competências constitucionais e estatutárias, acabando por colocar nas mãos do tribunal a função de aquilatar da necessidade ou não de sindicar a decisão jurisdicional. Embora as questões suscitadas pelo MP em defesa da legalidade objetiva estejam por natureza e em regra associadas a uma "melhor aplicação do direito" ou até revistam importância fundamental de relevo jurídico ou social, perspetivando em termos práticos a admissão da generalidade das revistas do MP, também é certo que o STA não se encontra legalmente vinculado a aceitar as qualificações do MP a respeito da utilidade do recurso para o sistema jurídico e para a comunidade, estando longe de ser incomum a negação ao MP do acesso a revistas excecionais de acórdãos dos tribunais centrais administrativos.

Acresce que este recurso excecional especial reconduz-se à decisão arbitral de mérito, deixando de fora do seu âmbito outras decisões, por exemplo, interlocutórias ou homologatórias de transações, ou que conduzam a absolvição da instância por questões de direito adjetivo⁷⁷, o que igualmente aponta para a sua insuficiência enquanto única via ao dispor do MP.

Pelo exposto, este recurso, a ser mobilizável pelo MP, não se afigura suficiente e adequado como único meio processual para tutela do seu desempenho constitucional e estatutário.

5.3. Os recursos extraordinários previstos no CPTA

21. Em face do direito constituído, permanece duvidosa a sujeição de decisões arbitrais, também em arbitragem administrativa, aos recursos

⁷⁷ v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADELHA, *Comentário...*, p. 1402.

extraordinários de revisão e, sobretudo, de uniformização de jurisprudência, questionando-se também, por consequência, a legitimidade do MP para o efeito.

O facto de a LAV prever uma ação de anulação ("impugnação" *stricto sensu*), para a qual o CPTA remete, destinada à impugnação de decisões arbitrais transitadas em julgado, nos casos excecionais ali previstos, parece apontar para a exclusão de outras formas de as partes atacarem a decisão arbitral transitada em julgado. Em paralelo, a circunstância de o CPTA ter passado a desenhar um quadro de recursos da decisão arbitral, omitindo referências ao recurso de revisão ou aos fundamentos deste, pode ser interpretada no sentido de que tal solução terá sido representada e não querida pelo legislador. O mesmo se pode dizer quanto ao recurso *extraordinário* de uniformização de jurisprudência, ante a instituição de um novo recurso cujos fundamentos se sobrepõem aos fundamentos deste, mas configurado como recurso ordinário. Mais decisiva nos parece, quanto ao recurso *extraordinário* de uniformização de jurisprudência, a circunstância de não existir norma legal que estabeleça a competência do STA para julgar recursos *extraordinários* a interpor diretamente de decisões arbitrais⁷⁸.

É, no entanto, muito relevante a função do MP pugnar pela uniformização de jurisprudência, concorrendo para a realização do interesse público ligado à igualdade na aplicação do direito e também, em alguma medida, para tutela da legalidade objetiva. Por isso mesmo, o legislador comete ao MP o dever de interpor recurso extraordinário de uniformização de jurisprudência quando não seja parte na causa, ficando a decisão a proferir circunscrita nos seus efeitos à resolução abstrata do conflito, sem reflexos sobre o caso concreto⁷⁹.

Do mesmo modo, o recurso extraordinário de revisão é fundamental num sistema jurídico equilibrado e justo, como o evidenciam as normas

⁷⁸ Artigo 152.º, n.º 1 do CPTA e 29.º, n.º 2 do ETAF.

⁷⁹ Artigo 152.º, n.º 7 do CPTA. Aceita-se que esta atuação do MP, não tendo por efeito a confirmação da decisão ou a sua revogação ou substituição, não se traduza num verdadeiro recurso ou impugnação, o que não lhe retira a importância.

que o contemplam no processo civil e no processo administrativo⁸⁰, estando os seus fundamentos globalmente conexos com a tutela de interesses de ordem pública e com a legalidade e o interesse público que ao MP incumbe defender⁸¹.

Na medida em que se aceite a equiparação da decisão arbitral às decisões jurisdicionais estaduais e que esta impõe a aceitação de recursos extraordinários em sede de arbitragem administrativa, ter-se-á de reconhecer a competência e a legitimidade do MP para a sua interposição em defesa dos interesses por este prosseguidos, o que assume ainda maior acuidade num cenário em que se entenda dever ser excluído o acesso do MP a um recurso ordinário de apelação.

Já quanto à legitimidade do MP para a interposição de recursos extraordinários de decisões de tribunais superiores estaduais que tenham sido proferidas em sede de recursos de decisões arbitrais, regem os artigos 152.º e segts. e 154.º e segts. do CPTA, normas que consagram expressamente a legitimidade recursiva do MP em defesa da legalidade objetiva e a sua participação necessária na tramitação nos recursos em que não seja parte para defesa dos interesses relevantes cuja tutela lhe incumbe.

5.4. A anulação de sentenças arbitrais

22. Apesar de a “ação de anulação” da decisão arbitral prevista no artigo 46.º da LAV constituir um meio processual desenhado para as partes na arbitragem, não parece que *a priori* se deva negar ao MP o acesso a tal meio⁸².

⁸⁰ Artigos 154.º do CPTA e 696.º do CPC. Admitindo o recurso de revisão da decisão arbitral, v., entre outros, PAULA COSTA E SILVA, *Anulação e Recursos da Decisão Arbitral*, ROA, 52, 1992, p. 991, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de arbitragem*, 2015, p. 380 e JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Publicidade e Impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa*, in RIAC, n.º 7, 2014, pp. 27-28.

⁸¹ V.g. os casos de decisões resultantes de crime praticado pelos árbitros, falsidade de documentos ou atos, invalidade de confissão, desistência ou transação, julgamento inconciliável com decisões vinculativas para o Estado Português ou simulação.

⁸² No sentido de não caber legitimidade ao MP, nem a contra-interessados, para peticionar a anulação da sentença arbitral, v. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Ob. Cit.*, p. 25. Parecendo admitir essa legitimidade, SÉRVULO CORREIA, *A Representação...*, p. 132.

De modo idêntico ao que atrás já apontámos, o eventual não reconhecimento de legitimidade ao MP para recorrer de decisões arbitrais administrativas nos termos e com os efeitos regulados nos artigos 140.º a 156.º do CPTA e para, por essas vias, questionar não apenas o mérito da decisão arbitral como também a sua validade intrínseca enquanto ato jurisdicional, parece obrigar a reconhecer ao MP o acesso a este meio impugnatório.

A mobilização deste meio pelo MP parece caber na competência que a lei lhe reconhece para interpor recursos de decisões jurisdicionais e para assegurar que a função jurisdicional se exerça em conformidade com a lei, envolvendo o direito de reagir contra decisões jurisdicionais ainda que não formalmente sob a forma de um recurso.

Haverá nesta sede que apurar se os interesses que estão na base da impugnação, são interesses exclusivos das partes – caso em que o MP não deve, nem pode, interferir e atacar a decisão –, ou se retratam interesses que ao MP incumbe constitucional e estatutariamente defender, abrindo-lhe neste caso o acesso ao pedido anulatório. Se o litígio jurídico-administrativo julgado não era “suscetível de ser decidido mediante arbitragem, de acordo com o direito português” e tal fundamento justifica que o tribunal possa oficiosamente anular a decisão arbitral, não se vê como se possa excluir de obter tal efeito um órgão que está constitucionalmente encarregue da defesa da legalidade objetiva no plano da lei administrativa. E se “o conteúdo da sentença ofender os princípios da ordem pública internacional do Estado português”⁸³, tratando-se de valores estruturantes do sistema jurídico e envolvendo interesses fundamentais da comunidade – valores e interesses cuja defesa está constitucionalmente confiada ao MP –, também não se vê como subtrair a este órgão do Estado a possibilidade de promover a anulação com esse fundamento⁸⁴.

Os fundamentos de anulação que são de conhecimento oficioso, estarão na primeira linha daqueles que sempre deveriam suportar – e quanto a nós

⁸³ Artigo 46.º, n.º 3, alíneas b), subalíneas i) e ii), da LAV.

⁸⁴ Em Espanha, o artigo 41.º, n.º 2 da Ley 60/2003, de 23 de dezembro, identifica expressamente a legitimidade do MP para promover a anulação de sentenças arbitrais, relativamente aos interesses cuja defesa lhe esteja cometida e com fundamento, entre outros casos, em contrariedade à ordem pública.

suportam – um pedido anulatório da sentença arbitral por parte do MP. Mas parece-nos que, para além destes, deverão caber no pedido de anulação do MP todos os fundamentos cuja alegação é reconhecida às partes e nos quais pontue interesse público (v.g. a convenção não seja válida, ou conheça de questões para além âmbito da convenção, ou não apresente fundamentos). Trata-se, afinal, de fundamentos que podem afetar gravemente o interesse público e cuja defesa não pode ficar à mercê da exclusiva vontade as partes e suprimida da ação pública.

Em todo o caso, mesmo que se entenda aberta ao MP esta via de impugnação da decisão arbitral, o universo dos fundamentos tipificados da ação de anulação mostra-se insuficiente para, por si só, assegurar a defesa da legalidade objetiva por parte do MP.

5.5. Os recursos para o Tribunal Constitucional

23. É pacífica a sujeição das decisões arbitrais a fiscalização concreta da constitucionalidade e o controlo da constitucionalidade das leis por parte dos tribunais arbitrais⁸⁵. Tal controlo constitui uma garantia processual das partes e, sobretudo, uma garantia da conformidade do sistema normativo com a Constituição, demonstrando que a sentença arbitral não é um mero acertamento de um litígio entre dois sujeitos, envolvendo componentes de legalidade objetiva.

O artigo 185.º-A do CPTA, na redação conferida pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, veio expressar essa sujeição relativamente às decisões

⁸⁵ Sobre o tema, já anteriormente às previsões dos artigos 181.º, n.º 3 e 185.º-A, n.º 2 do CPTA, v. Ac. TC n.º 181/2007. Na doutrina, v. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Anotada*, Tomo III, 2007, pp. 117 e 118, VITALINO CANAS, *O Ministério Público e a Defesa da Constituição*, RMP, n.º 20, 1984, pp. 41 e segts.; MIGUEL GALVÃO TELES, *Recurso para o Tribunal Constitucional das Decisões dos Tribunais Arbitrais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sêrvulo Correia*, Vol. I, 2010, pp. 637-655; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Do Recurso de Decisões Arbitrais para o Tribunal Constitucional*, *Themis*, ano IX, n.º 16, 2009, pp. 185 a 223, J. M. FERREIRA DE ALMEIDA, *O controlo por via de recurso da sentença arbitral em matéria administrativa*, in *Liber amicorum Fausto de Quadros*, Vol. 2, 2016, p. 56, TERESA VIOLANTE, *A arbitragem tributária e o recurso de constitucionalidade*, RMP, 145, 2016, pp. 101 e segts.

arbitrais de mérito que recusem a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que apliquem norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada. Tais previsões de recurso para o TC resultavam já diretamente dos artigos 280.º da CRP e 70.º da LCT, normativos que, de resto, por um lado, abrangem, inarredavelmente, para além das decisões finais que julguem do mérito da causa, todas as decisões jurisdicionais e, por outro lado, contemplam outras situações passíveis de recurso para o TC, incluindo outros casos de recursos obrigatórios como sejam as decisões que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional (artigo 280.º, n.º 5 da CRP).

Em matéria de recursos de decisões que recusem a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade, a legitimidade do MP resulta do dever de interposição de recurso estabelecido no artigo 280.º, n.º 3 da CRP e já encontrava expressão na prática na justiça arbitral administrativa antes do artigo 185.º-A do CPTA⁸⁶, sendo tal legitimidade concorrencial com a legitimidade que assiste às partes⁸⁷. Já quanto aos recursos de decisões que tenham aplicado normas cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada durante o processo, é a própria CRP que nega a legitimidade do MP deferindo-a unicamente às partes que tenham arguido o vício perante o tribunal⁸⁸.

Por seu turno, o n.º 3 do artigo 181.º, n.º 3 do CPTA, aditado pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, apresenta conteúdo inovador e coloca termo a dúvidas práticas anteriormente suscitadas, sobretudo em sede de

⁸⁶ O acórdão TC n.º 202/2014, D.R. n.º 68/2014, Série II de 2014-04-07, retratará o primeiro recurso para o TC interposto pelo MP de uma sentença proferida em arbitragem voluntária recusando aplicação de norma com fundamento em inconstitucionalidade – e a primeira decisão arbitral que se conhece em que um tribunal arbitral, em arbitragem voluntária, recusou a aplicação de uma norma com fundamento em inconstitucionalidade.

⁸⁷ Artigos 280.º da CRP e 72.º da LTC.

⁸⁸ Artigo 280.º n.º 1, al. b), 2, al. d) e 4 da CRP. Defendendo interpretação que seria a mais adequada, fazendo incluir o MP do conceito de parte ali expresso, v. MÁRIO TORRES, *Legitimidade para o Recurso de Constitucionalidade (Natureza da intervenção do Ministério Público no Contencioso Administrativo)*, RDP, n.º 3, 1988, pp. 9 e segts.

arbitragem voluntária⁸⁹, quanto à indeterminação do magistrado do MP sobre o qual deveria recair o dever funcional de interpor recursos para o TC, tendo o legislador vindo a estabelecer a obrigatoriedade de o tribunal arbitral notificar, para o efeito, o representante do MP no tribunal administrativo de círculo da sede da entidade pública⁹⁰. Quanto à ao local de interposição destes recursos, eles deverão ser apresentados junto do tribunal recorrido, por imposição expressa da LCT, norma de valor reforçado⁹¹.

6. O conhecimento das decisões arbitrais pelo MP

24. A notificação ao MP das decisões arbitrais é, obviamente, condição essencial à respetiva impugnação na jurisdição administrativa, condição essa que não é suprida pelo seu conhecimento em resultado de publicação obrigatória⁹², tendo a publicação diferente natureza e efeitos, para além de só abranger decisões já transitadas em julgado. A notificação, ademais, pode permitir igualmente a execução de julgados pelo MP na jurisdição administrativa estadual, assim como possibilitar o exercício, nas jurisdições competentes, de ações de responsabilidade financeira ou da ação penal.

Como notámos em anterior edição deste escrito, a falta de uma previsão legal de notificação ao MP das decisões arbitrais administrativas, não apenas

⁸⁹ No caso retratado no acórdão n.º 202/2014, D.R. n.º 68/2014, Série II de 2014-04-07, o Conselheiro relator no TC começou por devolver o expediente ao Presidente do tribunal arbitral, tendo este depois vindo a admitir o recurso, formulando algumas reservas quanto a tal modo de proceder. A decisão dá conta da controvérsia sobre o modo de interposição deste recurso na falta de representação do MP nos tribunais arbitrais, tendo vindo a relevar como data para aferir da sua tempestividade, a data de entrada do recurso naquele tribunal. Também no âmbito da arbitragem tributária, v. Acs. TC n.º 192/2015 e 368/2015.

⁹⁰ Artigo 181.º, n.º 3 do CPTA, na redação introduzida pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro.

⁹¹ Ac. do TC n.º 262/2015.

⁹² Artigo 185.º-B do CPTA. A Portaria n.º 165/2020, de 7 de julho, regula os termos do depósito e publicação das decisões arbitrais em matéria administrativa e tributária.

nas situações passíveis de recursos *obrigatórios* de constitucionalidade, mas em todas as situações em que ao MP assistem poderes de fiscalização sobre a sentença arbitral administrativa e o poder-dever de interpor recurso, inviabilizava ou tornava incomportavelmente difícil o exercício de tais competências de defesa da legalidade, apontando para uma situação de inconstitucionalidade material por violação dos artigos 20.º e 219.º da CRP⁹³.

Tal obrigação legal não foi consagrada no CPTA, mas veio a ser acolhida no artigo 4.º, n.º 3, do EMP, norma que atualmente exige a notificação ao MP de «todas as decisões de todos os tribunais», expressão cuja amplitude não parece deixar margem para dela se excluírem os tribunais arbitrais e respetivas decisões, sendo, para além do mais, a interpretação mais próxima do texto constitucional.

No caso das alterações aportadas ao CPTA pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, o Código passou a contemplar no seu artigo 181.º, n.º 3, a obrigatoriedade de notificação ao MP das decisões arbitrais que recusem a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade, viabilizado ao MP a interposição do recurso obrigatório previsto no artigo 72.º, n.º 3 da LCT, previsão que não pode ser interpretada no sentido de que o seu âmbito esgota o universo das decisões arbitrais objeto de notificação obrigatória ao MP, pois o dever legal de notificar estende-se a *todas* as decisões arbitrais nos termos previstos no EMP (de resto, como sucede com as decisões dos tribunais estaduais), tornando viável o pleno exercício de todas as competências constitucionais e estatutárias do MP⁹⁴.

⁹³ *Decisão arbitral, legalidade objetiva e interesse público*, in *Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos*, 2018, Sobre o tema, vejam-se os pedidos do Presidente da Assembleia da República e do Provedor de Justiça em sede de fiscalização sucessiva do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de julho (regime jurídico da arbitragem voluntária), no processo n.º 178/84 do Tribunal Constitucional que deu origem ao Ac. TC n.º 230/86, I Série n.º 120, de 12-09-1986, pp. 2540 e segts.

⁹⁴ Parecendo reconhecer o dever de notificar o MP apenas quando a interposição de recurso seja imposta por norma constitucional, dissociando outros casos de legitimidade recursiva do MP previstos na lei, de qualquer dever de notificar, v. CARLA CASTELO TRINDADE, *Regime Jurídico da Arbitragem Tributária Anotado*, 2016, p. 484.

É que, no que concerne à fiscalização de decisões jurisdicionais, a defesa da legalidade democrática não se esgota na tutela da constitucionalidade das leis por parte do MP, nem se circunscreve a recursos cuja interposição seja obrigatória por lei, constitucional ou ordinária. Aliás, a previsão da norma em causa não cobre sequer todos os casos de recursos obrigatórios em fiscalização da constitucionalidade, deixando de fora, designadamente, a notificação das decisões que apliquem norma julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional⁹⁵, as quais deveriam igualmente ser notificadas para possibilitar o exercício das competências constitucionais do MP⁹⁶.

Questão diversa do dever legal de notificação ao MP das decisões arbitrais é a do seu incumprimento e das consequências daí resultantes.

7. Outras questões pertinentes à impugnação da decisão arbitral pelo MP

25. Conexa ao exercício dos deveres de fiscalização do MP sobre a decisão arbitral é a problemática da definição do corpo de magistrados do MP que em concreto deverão desempenhar competências de fiscalização e impugnação das decisões arbitrais administrativas, dado que o ETAF não prevê tal representação (v. artigo 52.º do ETAF), nem o EMP o faz, diferindo a representação do MP nos demais tribunais para os "*termos da lei*" (v. artigo 4.º, n.º 2 do EMP).

Na falta de representação do MP junto dos tribunais arbitrais, poderão ou deverão as competências de fiscalização das decisões arbitrais ser acionadas pelos magistrados do MP junto dos tribunais administrativos de círculo? Em função de que critério de competência territorial? Podem ou devem as decisões arbitrais remetidas à Procuradoria-Geral da República

⁹⁵ Artigo 280.º, n.º 5 da CRP e 72.º, n.º 3, da LTC.

⁹⁶ Propondo uma interpretação corretiva ou conforme com o texto constitucional, por forma a incluir neste dever de notificar todas as decisões que imponham ao MP a obrigação de recurso de constitucionalidade, v., MARIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA, *Comentário...*, p. 1386.

que através do Conselho Superior do MP as distribuirá internamente de acordo com o seu critério organizativo?

Quanto aos recursos de constitucionalidade, o legislador, como vimos, veio ditar que a notificação da decisão arbitral deveria ser feita ao representante do MP junto do tribunal administrativo de círculo da sede da entidade pública⁹⁷, assumindo caberem a estes as inerentes competências funcionais. Quanto às demais vias impugnatórias permanece a indefinição.

Dir-se-á que sem tal definição – que será mais de natureza organizacional do que legislativa –, parece explicado o que se supõe ser um incumprimento praticamente generalizado da obrigação legal de notificação de decisões arbitrais ao MP, mantendo-se desse modo inviabilizada a defesa da legalidade e permanecendo a já identificada situação de inconstitucionalidade material.

Sabe-se, contudo, que o CAAD, embora à margem do seu regulamento de arbitragem administrativa, tem instituída a prática de notificação ao MP de todas as decisões arbitrais⁹⁸, o que se entende ser funcionalizado sobretudo para a investigação criminal como o evidencia também o protocolo celebrado com o DCIAP para a disponibilização do calendário de audiências e até do acesso à distância das mesmas.

Aceitando-se a existência de um dever legal de notificar todas as decisões arbitrais ao MP, a violação desse dever é apta a gerar problemas sérios de segurança jurídica relacionados com o trânsito em julgado da decisão arbitral, pois é legítimo assumir que a tempestividade da impugnação se afere em função da data do conhecimento da decisão pelo MP e que só transcorrido o prazo de recurso ocorrerá o trânsito em julgado⁹⁹, o que constitui um fator de insegurança inaceitável para as partes na arbitragem.

⁹⁷ Artigo 181.º, n.º 3 do CPTA

⁹⁸ Procedimento que estendeu ao Tribunal de Contas visando o apuramento de eventuais responsabilidades financeiras de titulares de órgãos públicos

⁹⁹ v. Acórdão TC n.º 491/2015, em recurso interposto pelo MP de uma decisão do CAAD, considerando o TC ser relevante para aferir a tempestividade do recurso, em face do não cumprimento do disposto 252.º do CPC, a data do efetivo conhecimento da decisão pelo MP.

26. Outra questão que permanece em aberto é a de saber em que tribunais deverão ser apresentados os requerimentos de interposição de recurso das decisões arbitrais. O problema coloca-se para quem entende que a extinção do processo arbitral com a prolação da decisão¹⁰⁰ constitui obstáculo irremovível à aplicação da regra processual que prevê a apresentação do requerimento de interposição junto do tribunal *a quo*¹⁰¹. Outra visão, porém, sustenta que a dissolução do tribunal arbitral só ocorre após o trânsito em julgado da decisão, nada obstando à entrega e recebimento do requerimento no tribunal arbitral¹⁰².

O RJAT veio consagrar nesta matéria a diferente regra segundo a qual a apresentação do requerimento de recurso deve ter lugar junto dos tribunais de recurso¹⁰³, suscitando a questão de apurar em que medida esta solução normativa pode ser tida como mais próxima do sistema de impugnação de decisões em arbitragem administrativa, em detrimento da regra vigente no CPTA para os recursos, caso se aceite detetar aqui a necessidade de preencher uma lacuna.

8. A participação auxiliar do MP nas instâncias estaduais superiores em impugnações desencadeadas pelas partes

27. Para além da posição de impugnante das decisões arbitrais em defesa da legalidade, a presença do MP em instâncias estaduais de tribunais superiores, pode detetar-se também enquanto auxiliar do tribunal (*amicus*

¹⁰⁰ Artigo 44.º da LAV.

¹⁰¹ Artigos 144.º, n.º 2 e 145.º do CPTA, 637.º e 641.º do CPC e 76.º, n.1 da LTC. Sobre a questão perante o Tribunal Constitucional e a sua resolução prática, v. acórdão do TC n.º 202/2014, D.R. n.º 68/2014, Série II, de 2014-04-07 e, também, PAULA COSTA E SILVA, *Anulação e Recursos da Decisão Arbitral*, ROA, 52, 1992, pp. 996 a 998.

¹⁰² v. LUIS MENEZES LEITÃO, *Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 262/2015*, ROA, Ano 75, p. 492.

¹⁰³ Artigo 25.º, n.º 4 do RJAT. norma que o TC no seu acórdão 262/2015, em Plenário, decidiu ser inconstitucional na parte que se refere à interposição de recursos para o TC, por contrariar norma de valor reforçado (o artigo 76.º, n.º 1 da LCT) que impõe a apresentação e aceitação do requerimento de recurso junto do tribunal *a quo*.

curae), emitindo parecer em recursos interpostos por iniciativa das partes, quer da decisão de mérito final, quer da decisão interlocutória em que o tribunal declare a sua competência.

Assim, sendo admissíveis e mostrando-se interpostos recursos pelas partes da decisão arbitral, junto do TCA ou do STA, o MP é sempre notificado e poderá, nos termos do artigo 146.º do CPTA, emitir parecer, querendo, embora sempre circunscrito à “defesa de direitos fundamentais dos cidadãos”, de “interesses públicos especialmente relevantes” ou de algum dos valores ou bens que possam fundar o recurso à ação popular.¹⁰⁴

Já nos casos de impugnação da decisão arbitral através de “ações de anulação” instauradas pelas partes, não parece poder ser-lhe reconhecida igual função no TCA, pois a LAV estabelece para estas uma tramitação especial, com uma fase de articulados, seguida de produção de prova e remetendo a tramitação subsequente – e só a subsequente – para os termos do “recurso de apelação, com as necessárias adaptações” (v. artigo 46.º, n.º 2, alínea e) da LAV). Ora, no regime de apelação previsto no CPTA, a participação do MP não ocorre após o contraditório do recorrido, mas antes deste,¹⁰⁵ o que inviabiliza a sua pronúncia a coberto da referida remissão. Esta é uma omissão dificilmente coadunável com as competências constitucionais e estatutárias do MP, tendo presente que entre os fundamentos previstos na LAV para a anulação da decisão arbitral pontuam questões de relevante interesse público.

9. A participação do MP em processos de reconhecimento de sentenças

28. Uma outra participação de relevo que pode caber ao MP junto dos tribunais estaduais superiores, ainda em sede de arbitragem administrativa, ocorre no processo de reconhecimento de sentenças arbitrais localizadas no estrangeiro.

¹⁰⁴ Caberá exclusivamente ao MP a avaliação sobre os pressupostos subjetivos para a sua intervenção – v.g. Ac. do STA, de 29-01-2015, no Proc. n.º 01354/12, in www.dgsi.pt.

¹⁰⁵ Artigo 146.º do CPTA.

Em muitos casos e crescentemente, estas arbitragens envolvem relevantes interesses públicos, incluindo em áreas pertinentes a serviços públicos essenciais (v.g. sectores da energia e água), protagonizados por entidades privadas em parcerias com o Estado, ou sociedades por este controladas, ou concessionários, ou pelos próprios Estados, fenómeno a que os mecanismos de controlo dos Estados não podem alhear-se, nestes se incluindo o MP na sua missão de defesa da legalidade e do interesse público.

De acordo com a LAV, a tais sentenças arbitrais não é automaticamente reconhecida a eficácia de caso julgado e o efeito executivo, devendo os interessados, para tanto, promover o respetivo reconhecimento junto dos tribunais estaduais, processo que corre termos junto do TCA competente¹⁰⁶.

Nesses processos, está prevista a participação do MP para findos os articulados e as diligências de prova, alegar o que tiver por conveniente e também para recorrer. Neste contexto, assumirão especial importância os fundamentos que oficiosamente podem conduzir o tribunal a recusar o reconhecimento e que são sobreponíveis embora não totalmente coincidentes com os fundamentos oficiosos previstos para a anulação – a saber, (i) o objeto do litígio não ser *“suscetível de ser decidido mediante arbitragem, de acordo com o direito português”* e (ii) a sentença conduzir a *“um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado”*.

10. Nota final

29. A arbitragem administrativa pode e deve ser reconhecida como um instrumento de grande valia para fomentar e reforçar a tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses dos particulares perante a Administração Pública, mas não podem esquecer-se as especificidades da jurisdição administrativa ligadas à preservação e prossecução do interesse público

¹⁰⁶ Artigos 55.º, 58.º e 59.º, n.º 1, alínea h) e 2 da LAV e artigos 978.º e segts. do CPC, assinalando-se o reconhecimento expresso ao MP para recorrer, no artigo 985.º do CPC.

e o desempenho do MP na sua função constitucional e estatutária de defesa da legalidade democrática, envolvendo o controlo da legalidade objetiva de todos os poderes do Estado, incluindo a sindicância de decisões jurisdicionais (estaduais ou arbitrais), exigindo-se ao legislador tal reconhecimento também mediante a disponibilização dos necessários meios e condições.