

# ARBITRAGEM: DA EXPERIÊNCIA PORTUGUESA AO FUTURO

O POTENCIAL DE PORTUGAL E LISBOA COMO SEDE DE ARBITRAGEM  
Gonçalo Malheiro | André Pereira da Fonseca

ARBITRAGEM E DIREITO PÚBLICO  
Ricardo Branco

DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E DOS MOTIVOS QUE CONDUZIRAM  
À SUA INTRODUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS  
Margarida Marques Carvalho

ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA EM MOÇAMBIQUE  
Cecília Anacoreta Correia

ARBITRAGEM E PROPRIEDADE INDUSTRIAL  
Manuel Durães Rocha | Ana Panão

CONCORRÊNCIA NA ARBITRAGEM E ARBITRAGEM NA CONCORRÊNCIA  
Inês Sequeira Mendes | Sílvia Bessa Venda

ARBITRAGEM DESPORTIVA NO TRIBUNAL ARBITRAL DO DESPORTO  
Luís Fraústo Varona | Frederico de Távora Pedro

COLEÇÃO DO INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

Coordenação  
Ricardo Costa

N.º 1

# Arbitragem: Da Experiência Portuguesa ao Futuro

2018

Gonçalo Malheiro | André Pereira da Fonseca  
Ricardo Branco  
Margarida Marques Carvalho  
Cecília Anacoreta Correia  
Manuel Durães Rocha | Ana Panão  
Inês Sequeira Mendes | Sílvia Bessa Venda  
Luís Fraústo Varona | Frederico de Távora Pedro

  
ALMEDINA

 ABREU  
ADVOGADOS  
INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

# Arbitragem e Direito Público

**RICARDO BRANCO**

*Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Consultor da Abreu Advogados*

## **0. Objeto e sequência**

I. Nos quadros do instituto da arbitragem e do universo correspondente da arbitrabilidade, que têm por sede geral a vigente Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), quando se trate de estabelecer as relações entre arbitragem e Direito Público, pode ter-se, em primeiro lugar, presente a síntese feliz do conjunto de anotadores à referida LAV, coordenados por MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, ao n.º 5 do artigo 1.º da mesma, “(...) entendendo-se hoje – por parecer ser o critério menos falível, que infalível nenhum é – ser o direito público constituído pelas normas respeitantes a relações (ou situações) jurídicas que não podem ter como sujeitos apenas particulares, dito de outro modo, menos rigoroso talvez, mas mais impressivo, constituído por normas jurídicas ou ambientalmente exorbitantes das que regulam as relações entre simples particulares”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Coimbra, 2014, p. 66.

De uma outra perspectiva, menos sintética e mais analítica e que retiramos dos mesmos AA., estão no presente contributo em causa, quanto à arbitragem: (1) não “(...) os litígios [puramente – acrescentamos nós o advérbio de qualidade, que não é de somenos, tal qual a seguir se verá –] respeitantes à interpretação, integração ou aplicação de normas de direito privado, a questões do foro jurídico-privado, incluindo as normas do direito de propriedade intelectual e industrial e de carácter relacional, questões que – salvo quando sujeitas à jurisdição dos tribunais administrativos (vg., art. 4.º do ETAF) – as partes estão obrigadas a dirimir perante os tribunais cíveis, comerciais ou laborais do Estado [, assim como cuja] arbitrabilidade determina-se em função do disposto nos n.ºs 1 a 4 deste art. 1.º da LAV”; (2) mas sim litígios, ou questões enxertadas nos litígios acabados de afastar do espectro da investigação mas que ganham autonomia e vida própria, inscritos “(...) no âmbito do direito administrativo (ou do direito fiscal) [, e ainda – acrescentaríamos nós, sem originalidade –, tal qual se demonstrará já de seguida, do Direito Constitucional e do Direito da União,] (...) por estar aí em causa a interpretação, a integração ou a aplicação de normas intransponíveis, qua tale, para as relações entre simples particulares, normas que são jurídica ou ambientalmente exorbitantes do direito privado, implicando, salvo em casos de exceção entrega sua à jurisdição cível (como acontece em matéria de preço das expropriações, por exemplo), a obrigação de recorrer aos tribunais administrativos (ou fiscais) [, ou até ao Tribunal Constitucional – tal como de seguida se demonstrará –], para resolver contenciosamente esses litígios na via judicial”<sup>2</sup>.

II. Delimitada a “província” da presente exposição, podemos pois assentar, com PAULO OTERO<sup>3</sup>, na diferenciação entre “(...) três diferentes tipos de litígios de Direito público na arbitragem interna:

- (A) Os litígios de Direito público como objeto principal de um processo arbitral;
- (B) As questões incidentais de Direito público em litígios arbitrais de Direito privado;

<sup>2</sup> *Idem*, p. 63.

<sup>3</sup> Cfr. PAULO OTERO, «Arbitragem interna de litígios de Direito Público: a publicização da arbitragem interna de Direito Privado», in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5 (2012), p. 180.

- (C) As questões prejudiciais de Direito público em litígios arbitrais de Direito privado”.

**III.** Em semelhante sequência, e ainda em linha com PAULO OTERO<sup>4</sup>:

(A) enquanto, “(...) se está em causa um litígio de Direito público, segundo resulta de uma interpretação *a contrario* da parte final da mencionada disposição da LAV, a sua arbitrabilidade depende da existência de uma específica lei habilitante, significando isto que a LAV não é norma autorizativa da sujeição de tais litígios a arbitragem[, bem como que vigora nesta matéria] (...) uma reserva de lei que, sendo decorrente da própria Constituição, a LAV se limita a aflorar: só a lei, excluindo-se qualquer outra fonte inferior, pode habilitar a existência de arbitragem em litígios de Direito público – não há arbitragem deste tipo de litígios por determinação regulamentar[,] os litígios de Direito público que podem ser objeto principal de um processo arbitral (...)”<sup>5</sup> são os habilitados:

- (i) pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos, nos termos de cujo artigo 180.º/1 “Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de (...) Questões respeitantes [:] (...) a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução; (...) a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas; (...) à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário; (...) [e] a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional”;
  - (ii) pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, em matéria tributária;
  - (iii) por outras leis avulsas em variados setores do Direito Público<sup>6</sup>;
- (B) São questões incidentais de Direito Público em litígios de Direito Privado as respeitantes à inconstitucionalidade ou à ilegalidade

<sup>4</sup> Cfr., *idem*, pp. 180 e ss.

<sup>5</sup> Cfr., *idem*, pp. 180-181.

<sup>6</sup> Cfr., para o presente elenco, *idem*, pp. 181-182.

da norma a aplicar que é suscetível de invocação por qualquer das partes no quadro do sistema de Justiça constitucional, bem como as questões às “(...) interpretação e validade de atos de Direito da União Europeia ou da simples interpretação dos respetivos Tratados, desde que se suscite a sua aplicação no litígio a resolver pela arbitragem vigente”<sup>7</sup>;

- (C) São “(...) questões prejudiciais de Direito público em litígios arbitrais de Direito privado [as que se levantam quando] (...) o conhecimento do objeto principal de uma ação arbitral referente a um litígio de Direito privado dependa da decisão de uma questão da competência de um tribunal administrativo que, deste modo, funciona como questão prejudicial face ao processo arbitral em curso”<sup>8</sup>.

IV. Tendo presente a taxonomia anterior, mas rearrumando-a em função de objetivos prevalentemente práticos, em linha com o fim da presente exposição, trataremos, sequentemente:

- (1) por um lado, do surgimento de litígios de Direito Público, seja como objeto principal de processos arbitrais, seja como questões prejudiciais em litígios de Direito Privado, pois, como se apercebe já e mais claramente se verá na sequência da exposição, a substância e o enquadramento normativo da arbitrabilidade em causa em tais casos são exatamente os mesmos; e
- (2) por outro, das questões incidentais de Direito Público suscetíveis de se levantarem em litígios de Direito Privado.

V. Uma última palavra, nesta sede introdutória, para referir que algumas das relações entre arbitragem e Direito Público serão abordadas, especificamente, noutros artigos integrados na presente obra. Serão estes os casos, por exemplo, da arbitragem tributária e da arbitragem em Direito do Desporto; razão pela qual para tais exposições remetemos, abstenho-nos de conferir aqui tratamento a tais matérias.

<sup>7</sup> Cfr., *idem*, p. 185.

<sup>8</sup> Cfr., *idem*, p. 191.

## 1. A arbitrabilidade de litígios de Direito Público e seu regime

### 1.1. O litígio de Direito Público como objeto principal de um processo arbitral

#### 1.1.1. Considerações gerais

I. Deve ter-se desde logo em mente quanto a esta matéria, acompanhando-se as palavras de PEDRO SIZA VIEIRA<sup>9</sup>, de acordo com as quais, “No passado, o critério geral de arbitrabilidade no direito português era a disponibilidade do direito objeto de litígio; este critério era julgado como obstáculo a que se pudesse prever a submissão a arbitragem em matérias reguladas pelo Direito Público[; e, assim,] (...) Na falta de lei que expressamente autorizasse[, em especial,] a Administração a vincular-se em convenções de arbitragem, o entendimento de que a competência para a prática de um ato administrativo é irrenunciável e que visa a satisfação de um interesse da coletividade – distinto do interesse próprio do órgão competente – levava à conclusão de que a indisponibilidade dos interesses envolvidos no contencioso administrativo constituía um obstáculo à admissibilidade da arbitragem[, à luz do que, por exemplo,] (...) Quando o Supremo Tribunal Administrativo veio, logo na década de 1950, a admitir a validade de uma cláusula compromissória inserida no caderno de encargos de uma concessão, fundamentou a sua posição, essencialmente, nas disposições do Código de Processo Civil que permitiam o recurso à arbitragem para o julgamento de litígios em que não estivessem em causa relações jurídicas subtraídas ao domínio da vontade das partes[, pois] (...), estando em causa um contrato, a admissibilidade do recurso à arbitragem não era afastada pela natureza administrativa do contrato em causa”.

<sup>9</sup> Cfr. PEDRO SIZA VIEIRA, «Arbitrabilidade de Direito Público em Portugal: Um Ponto de Situação», in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7 (2014), pp. 30-32. Para um diagnóstico deste ponto de partida no estrito âmbito do Contencioso Administrativo e do Direito Administrativo, cfr., entre tantos, SÉRVULO CORREIA, «A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos», in *AAVV, Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1995, pp. 233 e ss; e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2017, pp. 1313-1314.

Os passos históricos subsequentes a semelhante reconhecimento jurisprudencial, que aliás já conhecia significativos precedentes doutrinários e de prática, foram, subsequentemente<sup>10</sup>:

- (i) A introdução no ordenamento jurídico, no ETAF de 1984, de norma segundo a qual “são admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos de gestão pública, incluindo o contencioso das ações de regresso”, norma esta que tinha como precedentes, para além da aceitação de semelhante arbitrabilidade por via da jurisprudência, a consagração legal da arbitrabilidade dos conflitos emergentes de contratos de empreitadas de obras públicas, tendo sido depois decalcada, em 1992, pelo artigo 188.º do Código do Procedimento Administrativo de 1991 apenas na matéria contratual;
- (ii) A consagração da arbitrabilidade de Direito Público mediante previsão em lei especial, na LAV de 1986, que é a que se encontra no n.º 5 do artigo 1.º da LAV atualmente em vigor;
- (iii) A consagração, no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação de 1999, da arbitrabilidade de conflitos aplicativos de regulamentos municipais em matéria de urbanismo;
- (iv) O decisivo alargamento, no Contencioso Administrativo, através da versão originária do Código de Processo nos Tribunais Administrativos de 2002/2004, da arbitrabilidade de Direito Administrativo também aos litígios respeitantes a atos administrativos que pudessem ser revogados sem fundamento na respetiva invalidade, aos litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público não interferentes em direitos indisponíveis ou em matérias de acidentes de trabalho e a questões respeitantes a atos administrativos de execução de contratos administrativos; alargamento este por meio do qual, pese embora ainda ficassem de fora da arbitrabilidade de Direito Público os litígios em torno quer da validade de atos administrativos, quer de questões sobre atos administrativos

<sup>10</sup> Cfr. semelhante cronologia em PEDRO SIZA VIEIRA, *op. cit. e loc. cit.*, pp. 31 e ss.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *op. cit.*, p. 1313; e, com bastas referências bibliográficas, JOSÉ DUARTE COIMBRA, «O recurso à equidade nas arbitragens de direito administrativo», in CARLA AMADO GOMES/DOMINGOS SOARES FARINHO/RICARDO PEDRO (coords.), *Arbitragem e Direito Público*, Lisboa, 2015, pp. 150 e ss.

em procedimentos pré-contratuais, se pôs fim a uma longuíssima era durante a qual “nas matérias de Direito Público, a possibilidade de sujeição a arbitragem dependia de previsão legal expressa. A doutrina entendia que o artigo 2.º, n.º 2, do ETAF, constituía precisamente essa disposição legal expressa, e tendo em conta o teor deste, o domínio da arbitrabilidade em matéria de Direito Público confundia-se essencialmente com o do então denominado contencioso por atribuição, ficando de fora todas as demais matérias contenciosas e, designadamente, a matéria de impugnação de atos administrativos”<sup>11</sup>;

- (v) A previsão, através da aprovação do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, da constituição de tribunais arbitrais com jurisdição no domínio da apreciação da legalidade dos atos de “liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamentos por conta, *de* determinação da matéria coletável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo e de determinação de valor patrimonial”, mediante a institucionalização das respetivas arbitragens em centros de arbitragem institucionalizada, cujas decisões, sujeitas ao princípio da publicidade e da insuscetibilidade da respetiva fundamentação em critérios de equidade, foram configuradas como passíveis de recurso, com efeito suspensivo e exclusivo fundamento na contradição da decisão arbitral com jurisprudência dos tribunais do Estado, obrigatório para o MP a recorrer, todavia sem efeito no caso concreto, sempre que esteja em causa matéria de uniformização de jurisprudência;
- (vi) Finalmente, o alargamento, em 2015, da arbitrabilidade de Direito Administrativo aos litígios relativos à validade de atos administrativos – embora sem possibilidade de recurso à equidade – e a atos administrativos praticados em procedimentos pré-contratuais;
- (vii) Todos seis passos a convergirem, paulatina e sequentemente, naquilo que hoje se poderá qualificar como um regime geral de arbitrabilidade em Direito Público, cuja consagração, paulatina e sequente como dito, sucedeu a um estatuto de marginalidade da mesma.

<sup>11</sup> As palavras são de PEDRO SIZA VIEIRA: cfr. *op. cit.*, pp. 32-33.

II. De resto, para além da referência decisiva, já feita, à dependência da arbitrabilidade de litígios de Direito Público como objeto principal de um processo da consagração da mesma em lei especial, deve reter-se, desde logo, com PAULO OTERO<sup>12</sup>, que “Litígio de Direito público não é todo aquele em que intervém como parte uma entidade pública, antes será aquele que tem por objeto a aplicação de Direito público, o que se mostra de particular importância no âmbito do designado Direito Administrativo privatizado ou Direito Privado administrativizado (ou publicizado), pois, envolvendo vinculações jurídico-públicas, nunca comporta uma aplicação do Direito privado puro, encontrando-se a arbitrabilidade deste tipo de litígios igualmente sujeita a lei habilitante[; pelo que,] especial”.

Por outro lado, e tal qual é igualmente referido pelo mesmo Autor<sup>13</sup>, “não obstante o artigo 1.º, n.º 5, da LAV utilizar a expressão “o Estado e outras pessoas coletivas de direito público”, (...) [e] Sem entrar na complexidade do conceito de “pessoas coletivas de direito público”, podemos afirmar, atendendo à unidade do sistema jurídico-administrativo (substantivo e adjetivo), que o regime em causa, exigindo uma expressa lei habilitante da sujeição dos litígios a arbitragem, se aplica também a todos aqueles que, tendo por objeto principal questões controvertidas de Direito público, tenham como partes:

- Entidades privadas que exerçam poderes administrativos, tal como sucede, por exemplo, com as concessionárias;
- Entidades privadas sujeitas a influência pública dominante, seja porque são maioritariamente financiadas por entidades públicas ou ainda por estarem sujeitas ao seu controlo de gestão ou terem um órgão de administração ou direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por entidades públicas<sup>14</sup>;
- sendo que,] Em qualquer destas duas situações, apesar de se estar formalmente diante de entidades dotadas de uma personalidade jurídica de direito privado, o certo é que, em termos materiais, a ordem jurídica – interna e comunitária – equipara tais entidades às pessoas

<sup>12</sup> Cfr. PAULO OTERO, *op. cit.*, p. 181.

<sup>13</sup> Cfr., *idem*, pp. 182-183.

<sup>14</sup> O Autor, para semelhante circunscrição, e tal qual refere expressamente em nota, “*Adaptou (...) aqui a terminologia usada no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), ii), do Código dos Contratos Públicos, o qual configura tais entidades como adjudicantes para efeitos de aplicação das normas desse mesmo Código*”.

coletivas públicas[,] (...) E nesses termos se deve entender a referência a “outras pessoas coletivas de direito público”, à luz do artigo 1.º, n.º 5, da LAV, sempre que esteja em causa litígios de Direito público protagonizados por tais entidades (formalmente) privadas”.

**III.** Um outro aspeto muito relevante nesta sede prende-se com a circunstância de, sem prejuízo da imposição *ex lege* da regulação da arbitralidade de Direito Público por Lei Especial, “(...) a LAV se mostra[r] particularmente relevante face a litígios de Direito público sujeitos a arbitragem[, não só] (...) por definir, nos termos do seu artigo 59.º, a competência dos tribunais estaduais, isto é, dos tribunais administrativos, para intervir em diversas hipóteses referentes a arbitragem que tenha por objeto litígios jurídico-administrativos[, mas também porque] (...) a LAV será sempre aplicável à regulação de tais litígios se uma expressa norma legal para ela remeter[, e ainda porque] (...) ocorrendo a ausência de norma remissiva para o regime da LAV, a LAV pode funcionar como repositório de soluções normativas integradoras de lacunas no âmbito das leis especiais que consagram soluções arbitrais tendo por objeto litígios de Direito público (...)”<sup>15</sup>.

PAULO OTERO advoga<sup>16</sup>, quanto a este ponto, em termos com os quais concordamos no essencial, impor-se aqui “(...) uma aplicação analógica de terceiro grau da LAV, isto nos seguintes termos:

- (i) Na falta de solução normativa reguladora de uma concreta arbitragem de Direito público, deve procurar-se a analogia, em primeiro lugar, no âmbito das normas da própria lei habilitadora ou reguladora especificamente da arbitragem desse tipo de matérias;
- (ii) Se não for possível a anterior solução, dever-se-á procurar a analogia no âmbito dos princípios emergentes das diversas leis habilitadoras ou reguladoras de arbitragens de litígios de Direito público;
- (iii) E só em terceiro lugar, se nenhuma das duas anteriores hipóteses fornecer a solução analógica a aplicar ao caso, será possível recorrer à analogia no âmbito das normas da LAV (referentes, recorde-se, à arbitragem que tem por objeto litígios de Direito privado)”.

<sup>15</sup> Cfr. PAULO OTERO, *op. cit.*, p. 184.

<sup>16</sup> Cfr., *ibidem*.

IV. Por se encontrar inserto num código de processo, com uma consagração sistemática, o regime da arbitragem no Contencioso Administrativo serve-nos, bem, de paradigma de análise para ilustração do regime e dos problemas de arbitrabilidade no Direito Público, além de que, se outros regimes de arbitrabilidade se veem tratados em estudos consagrados às respectivas temáticas, a exposição deste, de Contencioso Administrativo geral, acaba por encontrar o seu lugar numa exposição geral sobre arbitragem e Direito Público.

Passemos pois, agora, a analisar o regime da arbitragem no Contencioso Administrativo.

### **1.1.2. Em especial: a arbitragem de Direito Administrativo**

#### **1.1.2.1. A arbitrabilidade de litígios de Direito Administrativo**

I. Nos termos da redação vigente dos n.ºs 1 e 3 do artigo 180.º do CPTA, introduzida em 2015, “Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de (...) Questões respeitantes a[:] contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução; (...) responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas; (...) validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário; (...) relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional[:] impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos (...), [mas apenas] mediante previsão no programa do procedimento do modo de constituição do tribunal arbitral e do regime processual a aplicar, que, quando esteja em causa a formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º, deve ser estabelecido em conformidade com o regime de urgência previsto no presente Código para o contencioso pré-contratual”.

Deve começar por se reter, com MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA<sup>17</sup>, que “O presente artigo 180.º é a norma

<sup>17</sup> Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *op. cit.*, p. 1312.

legal que, para o efeito do disposto no artigo 1.º, n.º 5, da LAV, define, em termos genéricos, os tipos de litígios em que pode haver recurso à arbitragem em matérias correspondentes ao âmbito da jurisdição administrativa”.

**II.** No que diz respeito à arbitrabilidade de litígios respeitantes a atos administrativos, ou seja, a decisões unilaterais com efeitos externos praticadas pela Administração – tal como resulta da definição do artigo 148.º do CPA –, arbitrabilidade esta a compreender quer os atos administrativos em geral, quer os atos de execução dos contratos administrativos e os atos praticados em procedimentos de formação contratual alíneas a) e c) do n.º 1 e n.º 3 do artigo 180.º do CPTA)<sup>18</sup>, retenha-se, sem prejuízo de outros aspetos de regime cujo tratamento não cabe na economia do presente texto<sup>19</sup>, que, na mesma, do que se trata, sempre e incondicionalmente, é de “(...) fiscalizar a legalidade desse ato, para o efeito de apurar a questão da sua (in)validade”<sup>20</sup>.

E assim, na consagração da regra geral da arbitrabilidade dos litígios sobre a validade de atos administrativos, tal como de resto sucede no campo dos atos tributários, pode ver-se a queda definitiva da “disponibilidade” dos direitos como critério geral de arbitrabilidade no ordenamento jurídico português, pois o desvalor jurídico inerente à ilegalidade de atuações administrativas, não consubstanciando um efeito jurídico disponível por parte de quantos por ele são visados, entra na esfera da arbitrabilidade dos conflitos de Direito Administrativo<sup>21</sup>.

**III.** A indisponibilidade como critério de arbitrabilidade de litígios subsiste apenas na alínea d) do n.º 1 do artigo 180.º como limite a arbitrabilidade dos conflitos – sobre atos, contratos ou responsabilidade civil – no quadro de relações de emprego público. Aqui, e tal como assinalam MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA<sup>22</sup>, “A indisponibilidade de direitos laborais resulta de normas imperativas da lei ou de

<sup>18</sup> Cfr. a delimitação deste universo em MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *op. cit.*, pp. 1314 e ss.

<sup>19</sup> Para desenvolvimento sobre os mesmos, cfr., *ibidem*.

<sup>20</sup> Cfr., *idem*, p. 1317.

<sup>21</sup> Cfr., por todos, neste sentido, *idem*, pp. 1318-1319.

<sup>22</sup> Cfr., *idem*, pp. 1320-1321.

instrumentos coletivos de trabalho, que tornam irrenunciáveis os direitos subjetivos do trabalhador, e explica-se pela necessidade de proteger a parte mais desfavorecida, no âmbito de uma relação de subordinação relativamente à entidade patronal[,] (...) caso dos direitos de natureza pecuniária emergentes de contrato de trabalho, seja o direito de remuneração ou de outras componentes retributivas, seja o direito à indemnização por cessação do contrato de trabalho[, salvo] (...) quando tenha entretanto cessado a relação laboral, [altura em que] (...) o trabalhador, extinto o contrato de trabalho, renuncie a retribuições que sejam ainda devidas ou pretenda definir por acordo a compensação devida[; sendo] (...) ainda em aplicação do princípio da irrenunciabilidade dos direitos do trabalhador, que o legislador, na alínea d), excepciona do objeto da arbitragem as questões que resultem de “acidente de trabalho ou de doença profissional”[, pois] (...) O direito às prestações devidas por acidente de trabalho ou doença profissional têm a natureza de direito indisponível, pelo que o sinistrado não pode aceitar indemnização ou pensão de montante inferior ao que estiver estipulado na legislação aplicável”.

IV. Novidade de 2015 é a consagração, no n.º 3 do artigo 180.º do CPTA, da arbitrabilidade de conflitos relativos a atos administrativos praticados nos procedimentos de formação de contratos.

Como ensinam os principais anotadores do Código<sup>23</sup>, “O preceito faz depender a possibilidade de a impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos ser objeto de arbitragem da previsão, no programa do procedimento, do modo de constituição do tribunal arbitral e do regime processual a aplicar[,] (...) Mas os obstáculos à extensão a este domínio da possibilidade da constituição de tribunais arbitrais relacionam-se, em primeira linha, com as dificuldades que envolve a adequação do modelo binário da arbitragem a litígios que podem envolver um elevado número de interessados (...) – importando ter, a esse propósito, presente que, como dispõe o n.º 2 do presente artigo, quando existam contrainteressados, a regularidade da constituição de tribunal arbitral depende da aceitação destes (com as implicações que foram expostas *supra* (...)), [e] (...) Daí ser fundamental para a existência efetiva da possibilidade de

<sup>23</sup> Cfr., *idem*, p. 1324.

arbitragem sobre litígios relativos a procedimentos de formação de contratos públicos que todos os participantes nesses procedimentos assumam, no momento em que apresentam as suas propostas, a sua concordância com a submissão a arbitragem dos eventuais litígios que venham a surgir, aderindo às regras estabelecidas no programa do procedimento quanto à composição do tribunal arbitral e modo da sua constituição e ao regime processual a aplicar no âmbito do eventual processo [de molde que] Deve (...) entender-se que da previsão do n.º 3 do presente artigo 180.º resulta que, quando o recurso à arbitragem esteja previsto no programa do procedimento de formação de um contrato público, a aceitação de tal convenção arbitral pode ser instituída como condição da participação no procedimento, a assumir pelos participantes no momento da apresentação das suas propostas (...).”

Entendem igualmente MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA<sup>24</sup> “(...) resulta, entretanto, da parte final do preceito em análise que, quando esteja em causa a formação de algum dos contratos previstos no n.º 1 do artigo 100.º – que, por serem os contratos protegidos pelas Diretivas europeias da contratação pública, estão abrangidos pelo regime do contencioso pré-contratual urgente –, o regime processual aplicável, a estabelecer nos programas dos concursos, deve assegurar o efeito suspensivo automático da impugnação do ato de adjudicação (em conformidade com o n.º 1 do artigo 103.º-A) e prever soluções de celeridade não inferior àquelas que, para o contencioso pré-contratual urgente que corre perante os tribunais do Estado resultam do n.º 2 do artigo 36.º (na parte em que este preceito determina que os processos urgentes, e respetivos incidentes, correm em férias) e do artigo 102.º”.

V. Em concretização do n.º 3 do artigo 180.º do CPTA, surge o n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, na respetiva versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, de acordo com o qual “Quando opte pela sujeição dos litígios a arbitragem, a entidade adjudicante prevê obrigatoriamente: [(i) não só] (...) A aceitação, por parte de todos os interessados, candidatos e concorrentes, da jurisdição de um centro de arbitragem institucionalizado competente para o julgamento de questões rela-

<sup>24</sup> Cfr., *idem*, p. 1325.

tivas ao procedimento de formação de contrato, de acordo com o modelo previsto no anexo XII ao presente Código, do qual faz parte integrante, a incluir no programa do procedimento; [(ii) como também] (...) A necessidade de aceitação, por parte do cocontratante, da jurisdição do centro de arbitragem institucionalizado para a resolução de quaisquer conflitos relativos ao contrato, de acordo com o modelo previsto no anexo XII, a incluir no caderno de encargos e no contrato[, e] (...) O modo de constituição do tribunal e o regime processual a aplicar, por remissão para as normas do regulamento do centro de arbitragem institucionalizado competente, de acordo com o modelo previsto no anexo XII”.

Semelhante regime: (I) não acarreta, de modo algum, a institucionalização de um regime de tribunal arbitral necessário no domínio dos contratos públicos, pois: (i) as entidades adjudicantes não se encontram obrigadas a recorrer à arbitragem, e apenas, querendo fazê-lo, estão vinculadas à observância das citadas regras; (ii) embora, quando a entidade adjudicante decida recorrer à arbitragem em tais termos, quem se queira candidatar à posição de co-contratante tenha de aderir à mesma, como encargo da candidatura, a ponderar na sua decisão de se candidatar; (II) sendo que o que se verifica, isso sim, é uma preferência pela arbitragem institucionalizada; (III) preferência essa em cujos termos, e de harmonia com o disposto nos n.<sup>os</sup> 3 e 4 do artigo 476.<sup>o</sup>, “A resolução de litígios por meio de arbitragem em tribunais arbitrais não integrados em centros de arbitragem institucionalizados só pode ser determinada (...) Quando, face à elevada complexidade das questões jurídicas ou técnicas envolvidas, ao elevado valor económico das questões a resolver, ou à inexistência de centro de arbitragem institucionalizado competente na matéria, seja aconselhável a submissão de eventuais litígios à jurisdição de tribunal arbitral não integrado em centro de arbitragem institucionalizado[, assim como] (...) Quando o processo arbitral previsto nos regulamentos do respetivo centro de arbitragem institucionalizado não se conforme com o regime de urgência previsto no Código do Processo nos Tribunais Administrativos para os contratos por ele abrangidos[, quando] (...) Quando se demonstre que a utilização de um centro de arbitragem institucionalizado teria como consequência uma resolução mais morosa do litígio[, ou] (...) Quando se demonstre que a utilização de um centro de arbitragem institucionalizado teria como consequência um custo mais elevado para as entidades adjudicantes ou contraentes públicos[, tudo sempre mediante] (...) uma avaliação de impacto dos custos que tal opção

importa, designadamente quanto aos honorários de árbitros e advogados, taxas, custas e outras despesas”<sup>25</sup>.

VI. Note-se que consagração de uma regra geral de arbitrabilidade dos litígios jurídico-administrativos não significa um direito geral ao compromisso arbitral. É certo que o artigo 182.º prevê que “O interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no artigo 180.º pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral (...)”, mas não deixa de acrescentar que tal exigência apenas se processará “(...) nos casos e termos previstos na lei”.

Isto significa, na interpretação consagrada e que não há razões para refutar, que “[ (1) se] o referido direito só existirá “nos casos e termos previstos na lei”[, ou seja, se] (...) a eficácia do preceito está condicionada à aprovação de lei específica sobre a matéria, à qual – sem prejuízo de poder vir esclarecer outros aspetos dúbios – caberá densificar a sua previsão genérica, especificando os domínios em que os interessados terão direito à celebração de compromisso arbitral por parte das entidades públicas e os pressupostos de que há de depender a efetiva constituição desse direito[; (2)] Falta, na verdade, esclarecer se o direito à outorga de um compromisso arbitral vale para todos os tipos de situações em que a arbitragem é admitida, segundo o disposto no artigo 180.º, e se o direito à outorga de compromisso arbitral se estende à arbitragem segundo critérios de equidade[,] (...) E, por outro lado, é necessário estabelecer um regime específico que, na ausência da necessária colaboração voluntária da Administração, permita obviar aos possíveis entraves que ela possa opor, de modo a evitar que, na prática, a sua falta de assentimento impeça a resolução arbitral do conflito[; (3) então,] o presente artigo não configura o direito à outorga de compromisso arbitral como um direito potestativo[, pois] (...) remete para lei própria a definição das condições de que deverá depender o exercício deste direito (...) E, ao nível do Código, o que temos sobre essa matéria é apenas o artigo 184.º, que, em termos gerais, faz depender a outorga de compromissos arbitrais, por parte das entidades públicas, de um despacho, a emitir no prazo de trinta dias, contado desde a data da apresentação de requerimento pelo

<sup>25</sup> Exatamente neste sentido, cfr., por todos, JOÃO TIAGO SILVEIRA, «A arbitragem e o artigo 476.º na revisão do Código dos Contratos Públicos», in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1 (2018), pp. 61 e ss.

interessado[, sendo] (...) a emissão do despacho (...), instituída como um requisito prévio à outorga do compromisso arbitral e, portanto, à possibilidade de se avançar para a arbitragem[, e não podendo] (...) o requerimento dirigido à emissão do despacho (...) ser, por isso, qualificado como o ato de notificação à outra parte no litígio a que se refere o n.º 4 do artigo 10.º da LAV, no quadro do qual a omissão da outra parte na indicação do seu árbitro pode ser suprida pelo tribunal estadual, na medida em que os preceitos da LAV pressupõem a prévia existência de compromisso arbitral, que, neste contexto, ainda não existe[, e, desta forma, só podendo] (...) Este regime (...) ser ultrapassado se a lei que vier a regular as condições de exercício do direito à outorga de compromisso arbitral o vier a configurar efetivamente como um direito potestativo, instituindo um processo judicial no âmbito do qual se admita que, quando considere preenchidos os pressupostos constitutivos do direito à outorga de compromisso arbitral, que nessa lei deverão ser previstos, o tribunal se possa substituir à Administração, para o efeito de emitir uma sentença (constitutiva) pela qual proceda à outorga do compromisso arbitral em substituição da entidade obrigada e, do mesmo passo, notifique as partes para indicarem os respetivos árbitros, abrindo, desse modo, caminho à aplicação, quando necessário, de regime correspondente ao do n.º 4 do artigo 10.º da LAV (ex vi artigo 181.º)”<sup>26</sup>.

VII. De referir, finalmente, que, nos termos do n.º 1 do artigo 185.º do CPTA, “Não pode ser objeto de compromisso arbitral a responsabilidade civil por prejuízos decorrentes do exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional”.

### 1.1.2.2. Arbitrabilidade de Direito Administrativo e contrainteressados

Nos termos do n.º 2 do artigo 180.º, a consagração desta regra justifica-se pelo facto de, segundo o princípio da eficácia relativa da convenção arbitral,

<sup>26</sup> Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *op. cit.*, pp. 1327-1328; e, já antes, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «O novo direito à outorga de compromisso arbitral (artigo 182.º do CPTA)», in *Quarta Conferência – Meios alternativos de resolução de litígios*, Lisboa, 2005, pp. 21 e ss.; ROBIN DE ANDRADE, «Arbitragem e contratos públicos», in *Estudos de Contratação Pública (vol. I)*, Coimbra, 2008, pp. 943 e ss.; FAUSTO DE QUADROS, «Arbitragem ‘necessária’, ‘obrigatória’, ‘forçada’: breve nota sobre a interpretação do artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos», in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles (vol. II)*, Coimbra, 2012, pp. 257 e ss.

“Uma instância arbitral só pode[r] ser ampliada a terceiros, originária ou supervenientemente, se estes forem igualmente outorgantes da convenção arbitral ou se, no momento da proposição da ação ou da provocação superveniente da sua intervenção, acordarem na sua sujeição à jurisdição do tribunal arbitral”<sup>27</sup>.

### 1.1.2.3. Composição e funcionamento dos tribunais arbitrais no Contencioso Administrativo

Quando se dispõe, nos termos do n.º 1 do artigo 181.º do CPTA, que “O tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre arbitragem voluntária, com as devidas adaptações”, tal significa, no essencial, a aplicação, da LAV vigente, quer “ (...) [d]o n.º 3 do artigo 59.º (...), [em cujos termos,] quando a arbitragem verse sobre litígios que estejam compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais administrativos, é ao Presidente do TCA territorialmente competente que cabe exercer a competência, prevista na alínea a) do n.º 1 do mesmo artigo, de proceder à nomeação de árbitros que não tenham sido nomeados pelas partes ou por terceiros a quem elas hajam cometido esse encargo de acordo com o previsto nos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 10.º e no n.º 1 do artigo 11.º, todos da LAV[; quer do] n.º 2 do mesmo artigo 59.º[, quando dispõe] que também é ao Presidente do TCA que, neste tipo de arbitragem, compete decidir sobre as matérias referidas nas demais alíneas do n.º 1 do mesmo artigo – solução que se afigura perfeitamente congruente, dado que a lei equipara as decisões arbitrais àquelas que são proferidas pelos tribunais estaduais de primeira instância”<sup>28</sup>.

### 1.1.2.4. Limites da decisão arbitral em Direito Administrativo

I. Nos termos do n.º 2 do artigo 185.º do CPTA, “Nos litígios sobre questões de legalidade, os árbitros decidem estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade”.

<sup>27</sup> Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *op. cit.*, p. 1322.

<sup>28</sup> Cfr., *idem*, p. 1326.

II. Em primeiríssimo lugar, sejam o que forem “questões de legalidade”, é certo que, segundo uma interpretação do n.º 2 do artigo 185.º em conformidade com a Constituição, *rectius* com o princípio da separação de poderes, tanto no julgamento de questões de legalidade como de quaisquer outras, nem os tribunais arbitrais, nem quaisquer tribunais estaduais, podem pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, tal como decorre do n.º 3 do artigo 3.º do CPTA<sup>29</sup>.

III. Já no que diz respeito ao julgamento segundo a equidade, aqui, sim, não há que superar a contenção da sua proibição, na arbitragem de Direito Administrativo, ao domínio das questões de legalidade. Neste sentido, e sabendo-se que, numa aceção muito ampla, questões de legalidade podem ser consideradas quaisquer questões jurídicas, que convoquem a aplicação de normas jurídicas, a verdade é que não faria sentido categorizar, na letra da lei, um determinado tipo de questões face a outras, para depois se chegar à conclusão de que questões de legalidade são quaisquer questões jurídicas<sup>30</sup>! Por isso, questões de legalidade serão, em bom rigor, as que, no universo de arbitrabilidade recortado pela previsão dos n.ºs 1 e 3 do artigo 180.º do CPTA, supõem um juízo direto de conformidade/compatibilidade de um ato/comportamento administrativo face a uma norma jurídica, quais sejam “(...) decisivamente, as questões (todas as questões) de validade de atos ou contratos administrativos; mas, também, a apreciação da ilicitude em ações de responsabilidade civil contratual ou extracontratual”<sup>31</sup>. Perante o novo preceito do n.º 2 do artigo 185.º, é inclusivamente de salientar, com JOSÉ DUARTE COIMBRA<sup>32</sup>, que tão-pouco decisões de limitação dos efeitos dos desvalores inerentes à resolução das questões de legalidade, a que subjaza a necessidade de salvaguarda de interesses contrapostos ao da declaração do desvalor em causa, se podem fundar em juízos de equidade, na medida em que a atual exclusão da mesma do julgamento de tais questões é limitar, não deixando abertura ao intérprete para, ao contrário de quanto

<sup>29</sup> Cfr., neste sentido, e por todos, JOSÉ DUARTE COIMBRA, *op. cit. e loc. cit.*, pp. 175 e ss.

<sup>30</sup> Cfr., neste sentido, JOSÉ DUARTE COIMBRA, *op. cit. e loc. cit.*, p. 185.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 190.

<sup>32</sup> Cfr., *ibidem*.

sucedida antes da sua vigência, ponderar tal influxo de juízos equitativos como fundamento de limitações de efeitos das decisões de invalidade<sup>33</sup>.

### 1.1.2.5. Regime das decisões arbitrais em Direito Administrativo

As decisões arbitrais são públicas (artigo 185.º-B do CPTA) e podem ser impugnadas nos termos e com os fundamentos estabelecidos na Lei de Arbitragem Voluntária.

Quanto ao regime de impugnação, e dada a precedente remissão, a única precisão a fazer, em matéria de especificidades de Direito Público, consiste em salientar a competência do Tribunal Central Administrativo para conhecer das impugnações das decisões arbitrais em matéria administrativa, nos termos gerais (cfr. artigo 59.º, n.º 1, alínea g), e n.º 2, da LAV).

De notar ainda nesta sede que, ao arremisso da regra geral da regra de irrecorribilidade das decisões arbitrais prevista na LAV e que o CPTA não excepciona, o n.º 5 do artigo 476.º do CCP, no âmbito da contratação pública, prevê que, “Nos litígios de valor superior a (euro) 500 000, da decisão arbitral cabe recurso para o tribunal administrativo competente, nos termos da lei, com efeito meramente devolutivo”.

### 1.1.3. Outros domínios especiais de arbitrabilidade de Direito Público

Conforme o indicado *supra*, a legislação do Contencioso Administrativo, tal como de resto o regime da Arbitragem Tributária aqui não tratado por razões de especialização, fornecem-nos um quadro geral da arbitrabilidade de Direito Público.

Contudo, outras áreas de arbitrabilidade de Direito Público, ou parcialmente de Direito Público, podem ser recortadas no ordenamento jurídico português.

A título de mero exemplo, uma área muito significativa de arbitrabilidade de Direito Público pode encontrar-se ao nível dos conflitos, no âmbito de sectores regulados, entre regulados ou entre estes e entidades regula-

<sup>33</sup> Tal como o fazia PAULO OTERO: cfr. «Equidade e Arbitragem Administrativa», in *Centénario do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em Homenagem*, Coimbra, 2012, pp. 837 e ss.; e «Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Atos Administrativos», in *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra, 2009, pp. 89 e ss.

doras<sup>34</sup>, sectores muitas vezes caracterizados pela imposição de regimes imperativos de arbitragem necessária<sup>35</sup>.

## 1.2. Questões prejudiciais de Direito Público em Litígios de Direito Privado

Referimo-nos agora às situações em que o conhecimento do objeto principal de uma ação arbitral referente a um litígio de Direito privado dependa da decisão de uma questão de Direito Público que, deste modo, funciona como questão prejudicial face ao processo arbitral em curso, casos todos em que a resolução arbitral de puras questões de Direito privado se encontra condicionada ou dependente da resolução decisória de uma questão de Direito Público<sup>36</sup>.

## 2. Questões incidentais de Direito Público em litígios

I. É inegável, enfim, que, “Na pura arbitragem de litígios de Direito privado pode suscitar-se, numa situação aplicativa de direito interno vigente em Portugal, um problema de Direito público se, por iniciativa das partes ou de qualquer dos árbitros, a título incidental, se colocar uma de três questões:

- (a) A inconstitucionalidade da norma a aplicar;
- (b) A ilegalidade da norma aplicável;

<sup>34</sup> Cfr., para um desenvolvimento omnicomprensivo desta matéria, com atualizações a 2014 ainda em pequeno grau ultrapassadas, PEDRO GONÇALVES, «Arbitragem e Regulação: da arbitrabilidade dos conflitos regulatórios», in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7 (2014), pp. 65 e ss.

<sup>35</sup> Cfr. exemplos de tratamento dogmático de regimes desse género, na coletânea já aqui citada *Arbitragem e Direito Público*, em: ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, «O novo regime jurídico da resolução de conflitos desportivos no direito administrativo do desporto: sobre a arbitragem necessária e a mediação no tribunal arbitral do desporto», *loc. cit.*, pp. 395 e ss.; e AQUILINO PAULO ANTUNES, «Arbitragem necessária sobre medicamentos e propriedade industrial», *loc. cit.*, pp. 455 e ss.

<sup>36</sup> Cfr., para mais desenvolvimentos, PAULO OTERO, «Arbitragem interna...», *cit.*, pp. 191 e ss.

- (c) Dúvidas de interpretação e validade de atos de Direito da União Europeia ou da simples interpretação dos respetivos Tratados, desde que se suscite a sua aplicação no litígio a resolver pela arbitragem”<sup>37</sup>.

**II.** Como observa PAULO OTERO<sup>38</sup>, “Em qualquer destas hipóteses, (...) o tribunal arbitral, apesar de estar a resolver (a título principal) uma pura questão de Direito privado, terá de decidir, enquanto questão incidental, um problema de Direito público[,] (...) Verifica[ndo]-se, no entanto, que a matéria em causa não encontra qualquer regulação na LAV[, desde o momento em que] (...) a nova lei é omissa no que diz respeito à resolução pelo tribunal arbitral de questões incidentais”.

**III.** Como tribunais que são – n.º 4 do artigo 202.º da CRP –, os tribunais arbitrais estão obrigados a desaplicar qualquer norma inconstitucional que hajam de aplicar aos feitos que lhes sejam submetidos<sup>39</sup>, cabendo recurso para o Tribunal Constitucional quer da desaplicação de norma fundada na sua inconstitucionalidade por tribunal arbitral, quer da aplicação de norma que o tribunal arbitral tenha aplicado mas cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada por qualquer uma das partes<sup>40</sup>.

Inclusivamente se tem propugnado, na doutrina, pela obrigatoriedade de o tribunal comunicar ao Ministério Público as decisões que são pressuposto de recurso obrigatório de constitucionalidade para este, ou seja, as decisões de desaplicação de atos normativos promulgados ou ratificados pelo Presidente da República e as decisões que apliquem normas já julgadas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional (artigo 280.º, n.ºs 3 e 5 da CRP)<sup>41</sup>.

**IV.** Quando, por fim, “(...) o tribunal arbitral que vai resolver um litígio de Direito privado tenha de proceder à aplicação de Direito da União

<sup>37</sup> Cfr., *idem*, p. 185.

<sup>38</sup> Cfr., *ibidem*.

<sup>39</sup> Cfr., PAULO OTERO, «Admissibilidade e limites ...», cit., p. 86; PAULO OTERO, «Arbitrabilidade interna ...», cit., pp. 185-186.

<sup>40</sup> Cfr., neste sentido, e por todos, MIGUEL GALVÃO TELES, «Recurso para Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais arbitrais», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia (vol. I)*, Coimbra, 2010, em especial, pp. 644 e ss.

<sup>41</sup> Cfr., *idem*, p. 650.

Europeia, podendo suscitar-se uma dúvida sobre a interpretação dos respectivos Tratados ou uma questão sobre a validade e a interpretação do Direito derivado, isto é, produzido pelas instituições, órgãos ou organismos da União”<sup>42</sup>, têm-se oposto, à luz do artigo 234.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de acordo com cuja disciplina os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros da União Europeia podem submeter tais questões, a título prejudicial, ao Tribunal de Justiça da União Europeia e tal submissão é obrigatória quando se trate de processo da competência de um tribunal do Estado-membro cuja decisão não admite, segundo o respetivo direito interno, recurso judicial, duas orientações distintas na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: (i) uma, que nega a possibilidade de se levantarem questões prejudiciais em contexto de justiça arbitral, em nome da celeridade desta e da sua relativamente menor sujeição ao Direito constituído, orientação desta que não deixa de reconhecer aos tribunais arbitrais o seu estatuto de intérpretes, até em última instância, do Direito da União; (ii) outra, que, para efeitos do citado artigo 234.º do TFUE, equipara os tribunais arbitrais a qualquer tribunal dos Estados, assim abrindo à justiça arbitral a possibilidade de sujeição obrigatória e facultativa de questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>43</sup>.

### 3. Conclusão

Das páginas que antecedem, podemos concluir que o Direito Público tem uma presença transversal à arbitragem: ele não só enforma a chamada arbitrabilidade de Direito Público como respetiva lei substantiva, como também, e fundamentalmente, quer como direito substantivo de potencial questão prejudicial, quer – acima de tudo – como matéria das questões de inconstitucionalidade e de interpretação do Direito da União suscetíveis de se levantarem relativamente a qualquer norma substantiva ou processual do ordenamento jurídico, perpassa todo o espectro da arbitragem em geral.

Generalização da arbitrabilidade de Direito Público e publicização da arbitragem de Direito privado são pois as notas conclusivas a reter do presente estudo.

<sup>42</sup> A hipótese é assim rigorosamente formulada por PAULO OTERO, «Arbitrabilidade interna ...», cit., pp. 188-189.

<sup>43</sup> Cfr., com mais desenvolvimentos, mas em semelhante contexto descritivo, *idem*, pp. 189 e ss.