

# 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  
N.º 1

## **Arbitragem: Da Experiência Portuguesa ao Futuro**



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

# COLEÇÃO DO INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

COORDENAÇÃO

Ricardo Costa

N.º 1

## ARBITRAGEM: DA EXPERIÊNCIA PORTUGUESA AO FUTURO

AUTORES

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

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Setembro, 2018

DEPÓSITO LEGAL

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es). Apesar do cuidado e rigor colocados na elaboração da presente obra, devem os diplomas legais dela constantes ser sempre objeto de confirmação com as publicações oficiais.

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

A Coleção IAB respeita a liberdade de escolha dos Autores quanto à ortografia usada nos textos publicados.



ALMEDINA

GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

ARBITRAGEM: DA EXPERIÊNCIA PORTUGUESA AO FUTURO

Arbitragem: Da Experiência Portuguesa ao Futuro / Gonçalo Malheiro... [et al.] . – (Coleção do Instituto do

Conhecimento AB)

ISBN 978-972-40-7648-5

I – MALHEIRO, Gonçalo, 1972-

CDU 347

## APRESENTAÇÃO

*É com muita satisfação que a Abreu Advogados lança a primeira edição de uma publicação, que se quer anual, dedicada a temas de arbitragem.*

*Paralelamente ao encontro de arbitragem organizado neste mês de setembro, o qual tem como foco a apreciação da relevância que Lisboa (e Portugal) pode(m) ter no âmbito da arbitragem internacional, foi decidido que esta edição teria a intenção de oferecer uma perspectiva mais geral da realidade da arbitragem em Portugal. Assim, temos um conjunto de artigos preparados por advogados e consultores da nossa sociedade, com reconhecida experiência em diversas áreas de Direito, que abordam a arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos em áreas tão diferentes como o direito público, em especial o direito tributário, o direito da propriedade industrial, o direito da concorrência e o direito do desporto.*

*Como também é referido num dos textos incluídos nesta publicação, a realidade da arbitragem em Portugal tem conhecido extraordinárias modificações nos últimos anos, nomeadamente expandindo-se para áreas que até recentemente não conheciam a possibilidade de recurso à arbitragem. É certo que estes desenvolvimentos dão lugar a novas questões e desafios, alguns deles abordados nesta edição, de nem sempre fácil resolução. No entanto, os factos demonstram que hoje a arbitragem é uma realidade muito presente e que ganha crescente autonomia na prática, no quadro legal e na teorização que se vai desenvolvendo. Por essa razão, todos aqueles que de uma de forma ou de outra têm contacto com esta realidade, sejam advogados, árbitros, professores universitários ou simples interessados, podem encontrar aqui uma abordagem que se quer geral, mas nem por isso deixando de apreciar, com o detalhe possível, algumas questões particulares.*

*Uma nota ainda para referir que, sendo a arbitragem uma realidade cada vez mais global, decidimos incluir um estudo que versa sobre uma das facetas da arbi-*

*tragem em Moçambique, no caso a arbitragem em direito administrativo. Com isto, reconhecemos que muitos dos temas relacionados com a arbitragem ultrapassam as jurisdições nacionais e abrimos a porta para que esta vertente lusófona e internacional seja mais explorada em futuras publicações.*

*Esperamos que quer o encontro promovido sobre temas de arbitragem, quer esta publicação, sejam um contributo da Abreu Advogados para o maior conhecimento da arbitragem em Portugal e que esta se vá afirmando como um efetivo e eficiente meio de resolução de conflitos, indo de encontro aos desejos e preocupações de todos os que procuram a melhor forma de dirimir os litígios em que se encontram envolvidos.*

**GRUPO DE TRABALHO ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO  
DA ABREU ADVOGADOS  
Setembro de 2018**

## ÍNDICE

Gonçalo Malheiro   André Pereira da Fonseca <i>O potencial de Portugal e Lisboa como sede de arbitragem</i>	9
Ricardo Branco <i>Arbitragem e Direito Público</i>	21
Margarida Marques Carvalho <i>Da arbitragem tributária e dos motivos que conduziram à sua introdução no ordenamento jurídico português</i>	43
Cecília Anacoreta Correia <i>Arbitragem administrativa em Moçambique</i>	51
Manuel Durães Rocha   Ana Panão <i>Arbitragem e propriedade industrial</i>	71
Inês Sequeira Mendes   Sílvia Bessa Venda <i>Concorrência na arbitragem e arbitragem na concorrência</i>	81
Luís Fraústo Varona   Frederico de Távora Pedro <i>Arbitragem desportiva no Tribunal Arbitral do Desporto</i>	105



# O potencial de Portugal e Lisboa como sede de arbitragem

## **GONÇALO MALHEIRO**

*LL.M (Master of Law) em Arbitragem, Queen Mary University of London*  
*Sócio Contratado da Abreu Advogados*

## **ANDRÉ PEREIRA DA FONSECA**

*LL.M. (Master of Law) em Arbitragem, Queen Mary University of London*  
*Pós-Graduado em Direito do Trabalho e da Segurança Social,*  
*Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*  
*Advogado Associado da Abreu Advogados*

1. A escolha da sede de arbitragem é sempre um tema chave quando as partes decidem dirimir o seu litígio recorrendo à arbitragem.

Entre outras razões que se podem aduzir, podemos referir, em primeiro lugar, que esta questão é relevante porque poderá ter impacto na lei que regulará o processo arbitral. Em segundo lugar, porque poderá ser eventualmente necessário requerer o apoio do sistema judicial local, o qual exercerá funções de supervisão e assistência. Em terceiro lugar, porque tal poderá também ter implicações a nível de execução da sentença arbitral.

Assim, é de todo conveniente, e antecipadamente, conhecer qual a lei de arbitragem local e se ela é, por exemplo, inspirada pelas regras e princípios da designada “UNCITRAL Model Law” (em linha com o que acontece

com as jurisdições mais relevantes internacionalmente); se o sistema judicial move-se pelo respeito, conhecimento e valorização da arbitragem e se o local que constitui a sede de arbitragem faz parte de um Estado membro da Convenção de Nova Iorque, respeitante ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais.

Existem certamente ainda outras condicionantes, relacionadas com aspetos práticos, que devem ser também levados em linha de conta pelas partes quando consideram o eventual recurso à arbitragem. É o caso, por exemplo, das condições de alojamento, operacionalidade das telecomunicações, meios de transporte e centralidade, utilização e boa operacionalidade de serviços relacionados com a arbitragem, como são os casos dos serviços de tradução.

De todo o modo, e antes de mais, importa distinguir sede da arbitragem do lugar de arbitragem onde todas ou uma parte significativa das audiências têm lugar por razões de ordem prática (por exemplo, por ser aí que vivem as testemunhas ou por se tornar mais fácil a produção de prova nesse local). Como se disse acima, a sede de arbitragem tem consequências legais muito relevantes mas o mesmo não pode ser dito do lugar de arbitragem o qual é principalmente relevante por razões de ordem prática.

Que este tema é da maior importância, atesta, por exemplo, o trabalho efetuado pelo *Chartered Institute of Arbitrators*, que nomeou um grupo de trabalho constituído por alguns dos mais reputados árbitros a nível internacional e que definiram os 10 princípios essenciais que permitem apurar e qualificar um país ou uma cidade para serem considerados uma credível sede de arbitragem.

Assim, esses 10 princípios são os seguintes:

1. Uma lei de arbitragem que constitua uma base sólida e fiável à prática arbitral, limitando a intervenção dos Tribunais comuns e garantindo um equilíbrio entre confidencialidade e transparência.
2. Um sistema judicial competente e eficiente.
3. Uma classe profissional independente e competente na área da arbitragem internacional.
4. Um sólido sistema educativo e formativo; o direito a escolher livremente a representação por advogado, nacional ou internacional, para efeitos de intervenção no litígio arbitral.

5. Rápido acesso por parte de todos os intervenientes ao local onde se encontra a sede de arbitragem, de forma livre e segura.
6. Bom suporte logístico, incluindo transcrições e traduções, entre outros elementos operacionais.
7. Normas que reflitam a diversidade de tradições, sistemas legais e princípios éticos que regulem a disputa arbitral e a conduta dos intervenientes.
8. Um sistema operacional e eficiente em termos de disponibilização de salas de audiências.
9. Ser membro de convenções e tratados que permitam facilitar o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais.
10. Imunidade dos árbitros a título de responsabilidade civil, por tudo o que vier a ser praticado, em boa-fé, pelos árbitros, durante a arbitragem.

Depois de definidos estes princípios, será elaborado um índice de locais que poderão constituir sedes de arbitragens, sendo definido um rating desde AAA (sede de arbitragem muito desejável), passando pelos ratings BBB, CCC e DDD (sede de arbitragem não recomendável).

Este trabalho efetuado pelo prestigiado *Chartered Institute of Arbitrators* reflete muito bem a importância da escolha da sede de arbitragem mas também a competição que se assiste hoje a nível internacional para acolher arbitragens, reconhecendo-se os benefícios que tal acarreta aos mais variados níveis.

2. Depois desta breve explicação sobre a importância da sede de arbitragem, vamos apresentar alguns exemplos que nos levam a concluir que Lisboa pode ser considerada como uma adequada possibilidade para acolher arbitragens, incluindo arbitragens internacionais, especialmente após um aumento substancial do número de arbitragens em Portugal nos últimos anos, nas mais diversas áreas de Direito.

2.1. Em primeiro lugar, Portugal aprovou uma nova lei de arbitragem 2011, através da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, que revogou a anterior lei com mais de 25 anos e que se encontrava desatualizada em alguns pontos e matérias. A nova lei é manifestamente inspirada pela já referida “UNCITRAL Model Law” mas também acolhe exemplos de outras leis

nacionais de referência com enorme tradição no panorama da arbitragem internacional (o mesmo, aliás, podemos dizer do regulamento de arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa que, claramente, constituem as regras mais comumente aplicáveis a processos arbitrais, de natureza comercial, em Portugal).

A nova lei de arbitragem emerge num contexto de significativas mudanças legislativas que têm visado promover o uso de meios alternativos de resolução de conflitos.

De facto, existem diversos conflitos que presentemente são sujeitos a arbitragem obrigatória, como é o caso da arbitragem na área das patentes de produtos farmacêuticos e de genéricos (Lei 62/2011); conflitos relacionados com direito desportivo (Lei n.º 74/2013) e alguns conflitos na área do direito do trabalho, especialmente relacionados com a contratação coletiva.

Também podemos referir o bem-sucedido caso da arbitragem tributária cujo novo regime foi introduzido em 2011, como meio alternativo de resolução de conflitos entre contribuintes e a autoridade tributária, visando reduzir o número de conflitos pendentes nos Tribunais tributários.

Refira-se que a nova lei de arbitragem regulamenta em detalhe diversas matérias, incluindo algumas que não mereciam regulamentação na anterior lei, como é o caso da intervenção de terceiros, providências cautelares e o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais.

Por exemplo, importa relembrar que a anterior lei omitia qualquer disposição que versasse sobre providências cautelares. Tal facto abria a porta para diversas intervenções por parte dos Tribunais comuns, advogados, doutrina e todos os que de uma forma ou de outra se viam envolvidos na prática arbitral.

Inicialmente, os Tribunais Portugueses tendiam a recusar a possibilidade de um Tribunal arbitral decretar providências cautelares, o que era manifesta causa de instabilidade, incerteza e desconfiança por parte dos potenciais utilizadores da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos. Contudo, nos anos mais recentes, esta perspetiva tinha conhecido alterações e já se admitia a possibilidade de decretamento de providências cautelares, o que aliás está em consonância com o manifesto desenvolvimento da arbitragem, seja no aumento do número de processos, seja no aumento do número de trabalhos académicos nesta área de Direito.

Nesta sequência, dispõe o artigo 20.º da referida Lei 63/2011, que salvo acordo em contrário das partes, o Tribunal arbitral pode, a requerimento

da parte, e após ouvir a parte contrária, decretar a providência cautelar que venha a ser necessária face aos termos do litígio.

Este é apenas um exemplo da forma como se tem desenvolvido a prática arbitral em Portugal e a preocupação em adotar uma lei moderna, fazendo (nomeadamente) de Lisboa e de Portugal um lugar atrativo para acolher arbitragens internacionais.

Deve também ser referido que a lei de arbitragem tem um capítulo especialmente dedicado à arbitragem internacional, definindo tais procedimentos como aqueles que envolvem interesses relacionados com o comércio internacional, nos termos do artigo 49.º.

Uma nota ainda para referir que nos termos do artigo 9.º, os árbitros só podem ser responsabilizados nos mesmos termos em que os magistrados judiciais podem ser responsabilizados. Sendo que essa responsabilidade é apenas e só perante as partes.

**2.2.** Como um segundo exemplo (para além da adoção de uma moderna lei arbitral) de como Lisboa pode merecer a confiança de eventuais partes em litígio, de modo a ser designada como sede de arbitragem, refira-se que Portugal tem um sistema judicial sensível a temas arbitrais e com inteiro respeito pela opção deliberada das partes na escolha da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos.

Assim, no artigo 19.º da referida Lei de Arbitragem, expressamente se prevê que os Tribunais comuns apenas podem intervir nos casos legalmente previstos.

Desta forma, como regra geral, existem fortes limitações às intervenções dos Tribunais comuns em processos arbitrais, podendo ser encontradas algumas exceções, por exemplo, no artigo 7.º, relativamente a providências cautelares decretadas antes ou durante processo arbitral.

No que respeita à produção de prova, quando alguma das partes em conflito se escuse a cooperar, pode a parte contrária, com prévia autorização do Tribunal arbitral, requerer junto do competente Tribunal comum a sua intervenção com efeitos no próprio processo arbitral.

No que toca às possibilidades de recurso, uma decisão arbitral é apenas sujeita ao recurso perante o Tribunal comum se as partes expressamente acordaram nesse sentido e desde que a decisão não tenha sido proferida com base na equidade, no seguimento do artigo 39.º da Lei de Arbitragem.

São estes exemplos do poder muito circunscrito e delimitado e do tipo de intervenção admissível que podem ter os Tribunais comuns no decurso de uma arbitragem ou na fase prévia a esta.

Este respeito dos Tribunais comuns pela escolha das partes quanto à arbitragem como forma de resolução de conflitos está, por exemplo, espelhado no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21.06.2016, processo n.º 301/14.0 TVLSB.L1.S1, que se cita de seguida: “Ao apreciar a exceção dilatória de preterição de Tribunal arbitral, devem os Tribunais judiciais actuar com reserva e contenção, de modo a reconhecer ao Tribunal arbitral prioridade na apreciação da sua própria competência, apenas lhes cumprindo fixar, de imediato e em primeira linha, a competência dos Tribunais estaduais para a composição do litígio que o A. lhes pretende submeter quando, mediante juízo perfunctório, for patente manifesta e insuscetível de controvérsia séria a nulidade, ineficácia ou inaplicabilidade da convenção de arbitragem invocada”.

A utilização das palavras “reserva” e “contenção” é bem sintomática da forma como, no presente, os Tribunais comuns olham para a realidade da arbitragem, em consonância com as melhores práticas internacionais.

Um ponto ainda muito importante que deve ser sublinhado é que o Tribunal comum que, por regra, deve intervir é o Tribunal da Relação e não o Tribunal de 1.ª Instância, o que também demonstra o cuidado do legislador quando definiu o regime legal e da importância que dá a este tipo de matérias, que já impõem um certo nível de especialização.

Ainda a propósito do sistema judicial, não é demais referir a evolução deste no que toca à qualidade e profundidade das suas decisões no que toca a matérias arbitrais e no respeito pela autonomia dos Tribunais arbitrais. Sendo hoje manifesto que existe um acervo de jurisprudência relevante e consolidado, respeitador e favorável à arbitragem.

Neste quadro, é importante referir que os Tribunais comuns não têm, ainda assim, deixado de fazer uma análise minuciosa dos casos que lhe chegam, por exemplo, em matéria de pedidos de anulação de sentenças arbitrais, sendo parcimoniosos no exercício de tal poder mas exercendo-o quando tal se justifica. Neste sentido, veja-se o recente acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 14.12.2017, processo n.º 1079.16.9 YRLSB6 que veio a entender que:

*“Neste contexto restrito, é insofismável que a violação do princípio da fundamentação se assume como causa susceptível de ferir de morte a decisão – tal resulta da*

*conjugação do estabelecido no ponto vi. da al. a) do n.º 3 do art. 46.º com o estatuído no n.º 3 do art. 42.º ambos da LAV. A fundamentação é, para além dos bem conhecidos motivos que sustentam a necessidade de gerar hetero-convencimento, um percurso de auto-justificação que permite ao julgador assegurar-se da bondade do caminho escolhido, afastar-se de sendas que não logrem apresentar-se, na sua linha de raciocínio, como válidas e, sobretudo, emendar a mão durante o processo de construção do juízo. Apesar da menor exigência da fundamentação quando confrontados com decisões arbitrais – assumida, designadamente, atendendo à proveniência profissional dos árbitros, tipo de formação dos mesmos e eventual menor experiência ao nível do acto de julgar, particularmente no contexto da concretização das regras de Direito adjectivo e exercício do múnus de dizer a Justiça – não é dispensável, havendo matéria de facto impugnada, a precisa e convincente indicação dos meios de prova e das razões de convencimento em que se esteie a decisão incidente sobre a mesma”.*

Este acórdão não deixa de mostrar uma atitude vigilante e ativa dos Tribunais superiores (ainda que respeitadora da autonomia da arbitragem, enquanto tal) quando confrontados com decisões arbitrais passíveis de anulação, por revelarem, por exemplo, uma manifesta falta de fundamentação.

3. Como outros exemplos do desenvolvimento da arbitragem em Portugal, temos os múltiplos centros de arbitragem e instituições, acumulando preciosos anos de experiência, com infraestruturas e meios humanos de qualidade e capacidade no apoio às arbitragens. É o caso do já referido Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, do Arbitrare destinado a dirimir litígios nas áreas de propriedade industrial, nomes de domínio, patentes e denominações sociais bem como o CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa) dedicado a arbitragem em matéria administrativa e tributária. Especial destaque merece igualmente o Tribunal Arbitral do Desporto, uma entidade jurisdicional independente constituída com força de lei (Lei n.º 74/013 de 6 de Setembro) com competência específica para administrar a justiça relativamente a litígios que relevam do ordenamento jurídico desportivo, ou relacionados com a prática do desporto. Desde a sua implementação em 1 de setembro de 2015 já foram apresentadas mais de 150 arbitragens naquele Tribunal com um crescimento exponencial de ano para ano.

Quanto ao regulamento de arbitragem do já referido Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (certamente, o mais importante centro de arbitragem na área comercial e societária), o mesmo também se encontra elaborado de acordo com os mais modernos regulamentos internacionais, sendo também exemplo disso a criação recente do regulamento de arbitragens rápidas ou do regulamento sobre o árbitro de emergência. Destaque-se que os procedimentos arbitrais tramitados sob a égide do Centro são tendencialmente rápidos. Com efeito, um estudo realizado pelo centro em 2014 demonstrou que a duração média de uma arbitragem é de 15 meses. Por outro lado, note-se que a lista de árbitros do centro inclui os nomes mais proeminentes do ordenamento legal Português, mas também, árbitros internacionais. A acrescentar, a lista é “aberta”, permitindo assim às partes designar outros árbitros eventualmente da sua preferência e que não estão no painel.

Quanto a outra regulamentação existente, importa chamar a atenção para o Código de Ética do Árbitro, aplicável a todos aqueles que estão constituídos como potenciais árbitros na lista de árbitros do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa e a última versão do Código de Ética dos árbitros, aprovado pelo Conselho de Deontologia da Associação Portuguesa de Arbitragem em 2014. Ambos os documentos foram elaborados com base nas melhores práticas internacionais e mostram a preocupação de Portugal estar em sintonia com as mais avançadas e qualificadas jurisdições em matéria arbitral.

Tudo isto também suportado por uma crescente sensibilização do meio académico e universitário sobre temas de arbitragem, com a criação e desenvolvimento de cursos especializados de pós-graduação e com uma forte componente internacional que vai também criando uma massa crítica essencial ao desenvolvimento da arbitragem.

É também importante sublinhar que Portugal é membro da Convenção de Nova Iorque (respeitante ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras) desde 1994, membro do ICSID desde 1965 e parte em mais de 60 tratados bilaterais, o que também é um importante fator de aumento da credibilidade e respeitabilidade internacional de Portugal no panorama da arbitragem internacional.

Este facto não quer dizer que os Tribunais comuns não possam, em casos excecionais, restringir e obstaculizar ao reconhecimento da sentença

arbitral estrangeira quando, por exemplo, a ordem pública internacional do Estado Português é violada. Tal já aconteceu no passado e disso é exemplo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Março de 2017, relativo ao processo n.º 103/13.1 YRLSB. S1, citando-se parte do mesmo:

*“A ordem pública internacional tem como características: (i) a imprecisão; (ii) o cariz nacional das suas exigências (que variam de Estado para Estado, segundo os conceitos dominantes em cada um deles); (iii) a excepcionalidade (por ser um limite ao reconhecimento de uma decisão arbitral putativamente estribada no princípio da autonomia privada); (iv) a flutuação e a actualidade (intervém em função das concepções dominantes no tempo do julgamento, no país onde a questão se põe); e (v) a relatividade (intervém em função das circunstâncias do caso concreto e, particularmente, da intensidade dos laços entre a relação jurídica em causa e o Estado do reconhecimento).*

*V – Trata-se, assim, de um conceito indeterminado que, como os demais, em qualquer ordem jurídica, terá de ser concretizado pelo juiz no momento da sua aplicação, tomando em conta as circunstâncias particulares do caso concreto; porém, a sua actuação positiva sobre o resultado obtido pela decisão arbitral estrangeira – recusando o seu reconhecimento – não comporta qualquer juízo sobre a adequação da aplicação nela feita do direito tido por aplicável, nem, muito menos, de desvalor sobre o ordenamento jurídico estrangeiro: a acção preclusiva da ordem pública internacional incide unicamente sobre os efeitos jurídicos que, para o caso, defluem da lei estrangeira e não sobre a lei em si.*

*VI – O controlo que o juiz tem de fazer para aquilatar da ofensa da ordem pública internacional do Estado do foro não se confunde com revisão: o juiz não julga novamente o litígio decidido pelo Tribunal arbitral para verificar se chegaria ao mesmo resultado a que este chegou, apenas deve verificar se a sentença, pelo resultado a que conduz, ofende algum princípio considerado como essencial pela ordem jurídica do foro; ainda assim, quando o controlo se destina a verificar se o resultado da decisão é manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado, poderá não bastar a análise do dispositivo da sentença por este ser, em geral, neutro, se desligado da vistoria ao raciocínio até ele percorrido pelo Tribunal.*

*VII – Ainda que não seja possível determinar, a priori, o conteúdo da cláusula geral da ordem pública internacional, é latamente consensual a ideia de que o mesmo é enformado pelos princípios estruturantes da ordem jurídica, como são, desde logo, os que, pela sua relevância, integram a constituição em sentido*

*material, pois são as normas e princípios constitucionais, sobretudo os que tutelam direitos fundamentais, que não só enformam como também conformam a ordem pública internacional do Estado, o mesmo sucedendo com os princípios fundamentais do Direito da União Europeia e ainda com os princípios fundamentais nos quais se incluem os da boa fé, dos bons costumes, da proibição do abuso de direito, da proporcionalidade, da proibição de medidas discriminatórias ou espoliadoras, da proibição de indemnizações punitivas em matéria cível e os princípios e regras basilares do direito da concorrência, tanto de fonte comunitária, quanto de fonte nacional.*

*VIII – Considerando, porém, que os aludidos princípios possuem um conteúdo normativo amplo ou indeterminado, a invocação da sua violação, como fundamento de recusa do reconhecimento de sentença arbitral, terá de ser sujeito a acentuadas restrições e daí que a contrariedade à ordem pública do país do reconhecimento a que alude o art. 56.º, n.º 1, al. b), ii), da LAV pressupõe que esse reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado Português e não meramente divergente daquele que resultaria da aplicação do direito português.*

*XV – Conduzindo a sentença arbitral estrangeira em questão a um resultado chocante, intolerável e inassimilável pela ordem pública internacional do Estado português, dado o atropelo grosseiro, clamorosa e flagrante do sentimento ético-jurídico dominante e de interesses de primeira grandeza da comunidade local, a decisão recorrida poderia ter recusado – como fez – o pedido de reconhecimento da referida sentença”.*

Como outros exemplos acima referidos, este é mais um caso que demonstra como os Tribunais comuns não deixam de ter uma atuação ativa e vigilante que não pode, no entanto, ser classificada como não colaborante ou não respeitadora da arbitragem.

**4.** Uma palavra ainda para fazer notar o reconhecimento internacional que Portugal vai tendo a nível internacional e que é atestado, por exemplo, no acolhimento durante o ano de 2018 da Conferência Regional Europeia do *Young Arbitration Forum ICC* e da Conferência do *European Branch* do *Chartered Institute of Arbitrators*, o que atesta a crescente credibilidade de Portugal também a este nível.

É ainda importante sublinhar que hoje cerca de 250 milhões de pessoas falam a língua Portuguesa, sendo a língua oficial de Angola, Brasil, Cabo

Verde, Guiné Equatorial, Guiné-Bissau, Macau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Timor-Leste.

Vastas transações têm hoje lugar em todo este espaço comum que vai desde as ruínas da Igreja de São Paulo em Macau, passando pela exótica cidade de Maputo até ao estado Brasileiro do Amazonas, numa área de 10,742,000 km<sup>2</sup> ao longo de quatro continentes que fervilha com oportunidades de investimento.

Todas estas jurisdições têm uma base civil comum, face à influência do Direito Português. Assim, e por exemplo, Angola, São Tomé, Cabo Verde e Moçambique têm leis de arbitragem inspiradas na anterior lei Portuguesa de arbitragem e também são crescentes as oportunidades de trabalho comum e de organização de eventos ligados à área da arbitragem.

Desta forma, Portugal e Lisboa colocam-se também como uma plataforma estratégica para resolução de conflitos arbitrais no espaço lusófono, face às raízes históricas e legais comuns entre os países que constituem este mesmo espaço.

5. Reconheça-se, no entanto, a enorme concorrência que se assiste hoje, em diversas jurisdições, em diversos continentes, para acolherem arbitragens internacionais e a natural dificuldade de Portugal em se afirmar neste panorama bem como o longo trabalho que se tem por diante. Não é certamente negligenciável que, por exemplo, o número de arbitragens ad-hoc seja ainda muito elevado, que o número de arbitragens comerciais ainda seja aquém do expectável e que, por exemplo, nenhuma das arbitragens que tiveram lugar no Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa tenha sido em língua Inglesa.

Estes exemplos demonstram como ainda há um caminho longo na afirmação de Portugal no panorama da arbitragem internacional, cada vez mais competitivo e sofisticado.

No entanto, e em jeito de conclusão, tentámos, neste artigo introdutório, fazer uma descrição mais geral quanto ao panorama da arbitragem em Portugal, o qual é hoje muito esperançoso e otimista, a vários níveis, o que tem natural correspondência no aumento significativo do número de arbitragens domésticas mas também internacionais nas mais diversas áreas de Direito. É de crer que estão assim criadas as condições para um desenvolvimento ainda mais substancial da arbitragem nos anos mais próximos.



# 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 excecional 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, sequeentemente:

- (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, abstendo-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.ª 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 respetivas 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.<sup>os</sup> 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.ºs 3 e 4 do artigo 476.º, “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 invalidez<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 arripio 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 *Centenario 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 omnicompreensivo 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 Sérgio 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 respetivos 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.

# Da arbitragem tributária e dos motivos que conduziram à sua introdução no ordenamento jurídico português

**MARGARIDA MARQUES CARVALHO**

*Curso de Especialização em Fiscalidade, ISCTE*

*Mestranda em Gestão Fiscal, Instituto Superior de Gestão*

*Advogada Associada da Abreu Advogados*

A Arbitragem Tributária foi implementada na ordem jurídica portuguesa através do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, e o seu surgimento obedeceu a três objetivos principais:

- reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos contribuintes;
- imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a Autoridade Tributária ao sujeito passivo;
- reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais.

Com efeito, de acordo com um estudo efetuado pelo próprio Ministério da Justiça, no final do ano de 2015 a justiça fiscal de primeira instância registava mais de 53 mil processos judiciais pendentes<sup>1</sup>. Acresce que parte significativa daqueles havia dado entrada há mais de 13 anos, ou seja, nos

<sup>1</sup> In Jornal PÚBLICO, de 25/5/2017: v. <https://www.publico.pt/2017/05/25/sociedade/noticia/e-por-causa-dos-abusos-do-fisco-que-muitos-tribunais-bloqueiam-1773388>.

casos em que havia recusa judicial das referidas decisões de primeira instância, os processos poderiam demorar em média 15 anos a obter uma decisão definitiva, o que não se coaduna com a celeridade dos processos judiciais exigida pela Constituição da República Portuguesa<sup>2</sup>. E, apesar das regras existentes sobre prescrição de dívidas tributárias e caducidade de garantias prestadas, o certo é que a tendência dos sucessivos Orçamentos de Estado tem sido a de retirar garantias aos contribuintes. Com efeito, mais factos foram considerados como interruptivos e/ou suspensivos do prazo de prescrição e as regras sobre caducidade de garantias foram, na sua generalidade, revogadas. Assim, esta pendência judicial de largos anos afectava de forma bastante gravosa os contribuintes, que não só viam os seus processos a arrastar-se nos tribunais judiciais, como ao mesmo tempo viam as suas garantias serem diminuídas, não conseguindo através das regras existentes que os tribunais judiciais decidissem com celeridade. Assim sendo, sentiu-se claramente a necessidade de instituir uma jurisdição mais rápida e, sobretudo, mais justa, ou pelo menos da qual fizesse parte outro tipo de profissionais de cariz mais técnico.

Desde que foi implementada, a arbitragem tributária tem vindo a dar provas do oferecimento de um conjunto alargado de vantagens, o que tem permitido aceder a um contencioso tributário mais célere, mais útil e, por conseguinte, mais justo. A prova está no facto de, no ano de 2017, a Autoridade Tributária ter perdido cerca de 60% dos processos contra si instaurados pelos contribuintes<sup>3</sup>, numa média de seis em dez<sup>4</sup>. É igualmente interessante notar que, desde a sua criação, em 2011, chegaram ao CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa) cerca de 3.600 processos fiscais, fenómeno favorecido pela migração de processos que transitaram dos tribunais estaduais para aquele Tribunal, por força de um regime transitório instituído pelo referido Decreto-Lei n.º 10/2011<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Artigo 20.º, n.º 4, onde pode ler-se: “*Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*”.

<sup>3</sup> V. <http://expresso.sapo.pt/revista-de-imprensa/2018-01-09-Fisco-perdeu-60-dos-processos-interpostos-pelos-contribuintes-em-2017#gs.uoDfy5M>.

<sup>4</sup> V. <https://eco.pt/2018/04/02/fisco-perde-seis-em-cada-dez-contenciosos-porque/>.

<sup>5</sup> Cfr. a este respeito o n.º 1 do artigo 30.º da referida Lei, que dispõe da seguinte forma: “*Os sujeitos passivos podem, a partir da entrada em vigor do presente decreto-lei e até ao termo do prazo de um ano, submeter à apreciação de tribunais arbitrais constituídos nos termos do n.º 1 e da alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º, pretensões que tenham por objecto actos tributários que se encontrem pendentes de*

Mais se refira que os tributos cuja litigiosidade mais aumentou foram o IMI e o IRS, o primeiro com um aumento de 211,8% e o segundo com um acréscimo de 54,8%, ambos por referência ao ano de 2017<sup>6</sup>. No que toca ao IMI, tal facto explica-se pelo franco crescimento do mercado imobiliário verificado nos últimos anos, que em muito contribuiu para o aparecimento de novos focos de tributação.

### **O carácter voluntário (não necessário) da arbitragem tributária**

É ainda interessante verificar que tal adesão massiva a este regime processual nem sequer resultou de qualquer obrigatoriedade legal, uma vez que em matéria fiscal a arbitragem é voluntária, podendo o contribuinte optar livremente pelo recurso a esta via, sem que em caso algum tal o possa prejudicar.

Refira-se, contudo, que o recurso à via arbitral preclude o direito de, com os mesmos fundamentos, reclamar, impugnar, requerer a revisão, incluindo a da matéria coletável, ou a promoção da revisão oficiosa sobre os atos objeto desses pedidos, exceto quando o procedimento arbitral termine antes da data da constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral termine sem uma pronúncia sobre o mérito da causa<sup>7</sup>.

### **A simplicidade e a informalidade do processo arbitral**

Importa realçar, em primeiro lugar, a simplificação processual de instrução, análise e decisão ao longo de todo o processo.

Com efeito, constituem princípios do processo arbitral a oralidade e a livre condução do processo, consubstanciada na marcação de uma Reunião entre as Partes, após a apresentação de Resposta por parte da Autoridade Tributária, com vista a definir a tramitação processual a adotar em função das circunstâncias do caso e da complexidade do processo, a ouvir as Partes

*decisão em primeira instância nos tribunais judiciais tributários há mais de dois anos, com dispensa de pagamento de custas judiciais”.*

<sup>6</sup> Segundo estatísticas do próprio CAAD, referenciada em <https://eco.pt/2018/04/02/fisco-perde-seis-em-cada-dez-contenciosos-porque/>.

<sup>7</sup> Artigo 13.º, n.º 4 da Lei n.º 10/2011.

quanto a eventuais exceções que hajam sido invocadas e sobre as quais haja necessidade de apreciar e decidir antes de conhecer do mérito do pedido e, por último, a convidar as Partes a corrigir as suas peças processuais, quando tal seja necessário. Sendo que esta Reunião é muitas vezes dispensada.

Mais se refira que, em regra, em caso de falta de qualquer das Partes àquela Reunião, bem como a qualquer outro ato processual e, bem assim, a falta de defesa e falta de produção de prova que haja sido requerida não obsta a que o processo arbitral prossiga os seus termos, levando à prolação de decisão, sendo certo que aqui se nota claramente a influência dos princípios da livre apreciação da prova, bem como o da autonomia do tribunal no que toca à condução do processo. Com efeito, o próprio pedido de constituição de tribunal arbitral é feito através de requerimento enviado por via eletrónica ao presidente do CAAD, dispensando-se as tradicionais burocracias e formalidades exigidas nos tribunais judiciais.

Por outro lado, a condução do processo arbitral é feita com uma grande informalidade: As notificações entre o Tribunal e as Partes processam-se muitas vezes por *e-mail*, em vez das tradicionais notificações (em papel ou eletrónicas), o que permite uma maior poupança de custos, os advogados não usam toga, os árbitros não usam beca, a inquirição das testemunhas eventualmente arroladas é feita de uma forma muito mais livre e conciliadora.

A informalidade concretiza-se, ainda, no facto de as Partes poderem aceder ao processo em qualquer sítio onde se encontrem, com garantia de confidencialidade, mais podendo contactar telefonicamente o CAAD sempre que o entendam, com um atendimento muito mais próximo, personalizado e eficaz do que aquele que existe em qualquer Tribunal judicial.

Verifica-se, assim, que a arbitragem tributária se apresenta como extremamente simplificada (e célere) em face do tradicional processo de Impugnação Judicial. Com efeito, em tal processo a Contestação por parte da AT (Autoridade Tributária e Aduaneira) deve ser apresentada no prazo de 90 (noventa) dias, ao passo que a Resposta em sede de processo arbitral deve ser apresentada no prazo de 30 (trinta) dias.

Finda a fase de produção de prova (no processo de Impugnação), é ordenada a notificação das Partes (interessados, na terminologia da lei) para alegarem por escrito no prazo fixado pelo juiz, que não será superior a 30 dias. Em sede de processo arbitral, existe igualmente um momento para a produção de alegações (que muitas vezes podem ser orais logo a seguir à

audição das testemunhas), embora a prática que tem existido seja a de se notificar as Partes para produzirem alegações escritas, embora com menor prazo, consoante a complexidade da matéria em apreço.

### **Da celeridade do processo arbitral**

Outra vantagem que resulta do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária é o facto de a decisão arbitral ser proferida no prazo máximo de um ano (mínimo de seis meses).

Desta característica decorre, ainda que indiretamente, uma outra, cuja natureza se pode também reputar de muito positiva para a justiça tributária: sendo as decisões proferidas em tão curto espaço de tempo, a validação ou censura que recai sobre alguns entendimentos sancionados pela AT acaba por ter uma repercussão prática igualmente mais célere.

Deste modo, o facto de as decisões arbitrais consubstanciarem um observatório atual da justiça tributária permite que, tanto o contribuinte possa conformar as suas práticas contabilísticas e fiscais e avaliar de forma mais rigorosa as probabilidades de sucesso que tem quanto à contestação de certos atos tributários, como à AT ajustar os termos do respetivo entendimento a propósito de determinadas matérias.

Questões como o alcance do ónus da prova exigido aos sujeitos passivos de IRC quanto à efetividade das operações subjacentes e à inexistência de um carácter anormal/montante exagerado dos pagamentos efetuados a entidades residentes em paraísos fiscais<sup>8</sup> (especialmente patente no caso das empresas imobiliárias nacionais no caso dos serviços de angariação de clientes de nacionalidade chinesa), a aplicação da cláusula geral anti-abuso nos casos em que o pagamento do preço de participações sociais é reconfigurado como o pagamento de dividendos<sup>9</sup> e a aplicação às terapêuticas não convencionais do regime de isenção de IVA aplicável às profissões paramédicas pelo menos a partir da entrada em vigor da Lei do Enquadramento

<sup>8</sup> Decisões relativas aos Processos n.ºs 198/2017-T, 368/2017 e 369/2017, todas disponíveis em <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>.

<sup>9</sup> Decisão relativa ao Processo n.º 162/2017-T, disponível em <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>.

base das terapêuticas não convencionais (em 2003)<sup>10</sup>, entre outras, são alguns exemplos que se destacam no panorama da arbitragem tributária por se formar quanto aos mesmos jurisprudência, se não unânime, ao menos maioritária.

### **Do recurso da decisão arbitral**

Acresce que, ainda que a regra seja a da *irrecorribilidade* das decisões arbitrais, é possível afirmar-se que a sindicabilidade daquelas se encontra devidamente acautelada, através da possibilidade de:

- (i) Recurso para o Tribunal Constitucional, na parte em que o Tribunal Arbitral recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, ou em que aplique norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo;
- (ii) Recurso para o Supremo Tribunal Administrativo (STA) com base em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, entre decisão arbitral e acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo (TCA) ou pelo STA;
- (iii) Impugnação da decisão arbitral para o TCA com base em circunstâncias que tipicamente correspondem a situações de nulidade da sentença.

É ainda possível, em nossa opinião, interpor recurso de revista de uma decisão arbitral, quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental, ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito, por aplicação subsidiária do CPTA à arbitragem tributária. Esta questão não foi ainda, contudo, objeto de pronúncia por parte do STA, pese embora acreditemos que poderá vir a ser legislativamente consagrada a breve trecho.

Em suma, diremos que a arbitragem tributária constitui um meio alternativo de resolução de litígios entre os contribuintes e a AT válido, expedito e eficaz, pelo que é de saudar a sua introdução na nossa ordem jurí-

<sup>10</sup> Decisão relativa ao Processo n.º 111/2017-T, disponível em <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>.

dica, ainda que em paralelo com a administração da justiça judicial, que não deve, em caso algum, ser diminuída ou escamoteada.

### **Das custas do processo arbitral e da sua ressarcibilidade**

No que concerne aos custos a suportar com o acionamento da arbitragem tributária, e não obstante se reconhecer que esta é, na sua globalidade, mais cara do que a judicial, deve igualmente levar-se na devida conta que a celeridade do processo, com o consequente proferimento de decisão no prazo máximo de 1 (um) ano, acaba por causar menos transtorno às empresas no que concerne às suas práticas económico-financeiras, dado que estas necessitam de constituir e provisionar garantias por um menor lapso de tempo, o que necessariamente se repercutirá de forma positiva nos seus balanços contabilísticos a médio e longo prazo.

Há contudo um fenómeno interessante, cuja controvérsia jurídica justifica uma, ainda que breve, referência: o contribuinte tem a faculdade de designar Árbitro aquando da apresentação do pedido arbitral (trata-se de um profissional altamente qualificado, que é nomeado por uma das Partes, ou por ambas, mas que, em qualquer dos casos, deve manter a sua independência, imparcialidade, isenção e objetividade, dado que se encontra vinculado pelo Estatuto Deontológico do CAAD<sup>11</sup>).

Com o findar do processo arbitral, a parte vencida ficará obrigada ao pagamento das custas do processo, que englobam todas as despesas resultantes da condução do processo arbitral e ainda os honorários dos árbitros.

Porém, caso o contribuinte opte por designar árbitro (o que traz inegáveis vantagens para a qualidade e acerto das decisões, uma vez que apenas podem ser árbitros juristas que, pelas suas qualificações formais e pela sua experiência profissional no domínio do direito público, ofereçam garantias de competência para o exercício das respetivas funções), o Regulamento de Custas do CAAD não prevê a devolução de montantes pagos a título de custas, nos casos em que o contribuinte obtém uma decisão favorável.

Tal situação, limitadora da faculdade de o contribuinte designar Árbitro, possibilidade que indiscutivelmente lhe é conferida pela lei, configura e encerra uma patente ilegalidade, dado que subverte o princípio basilar da

<sup>11</sup> Disponível em <https://www.caad.org.pt/tributario>.

causalidade em matéria de custas processuais (que consagra que é responsável pelas custas quem a elas houver dado causa, isto é, paga as custas a parte que não tem razão, que pleiteia sem fundamento, que exerce no processo uma atividade injustificada), e leva a uma dualidade de critérios juridicamente insustentável, que pode inclusivamente brigar com os princípios constitucionais da igualdade e, bem assim, da tutela jurisdicional efetiva. Uma vez que tal disposição configura norma de carácter geral e abstrato, é possível a sindicância da sua constitucionalidade através do próprio CAAD e, em última instância, pelo próprio Tribunal Constitucional.

Creemos que, assim, tal entorse legal será corrigida a breve trecho, podendo o próprio CAAD desempenhar um papel relevante nesse aspeto, sem prejuízo do ónus que impende sobre as Partes de suscitarem tais questões em sede própria.

Do exposto resulta que a arbitragem tributária é um meio processual que, apesar de voluntário, tem cada vez mais sido utilizado pelos contribuintes com claras vantagens para os mesmos, sendo que, no que respeita às pequenas questões que foram apontadas como menos positivas, acredita-se que a breve trecho serão resolvidas.

# Arbitragem administrativa em Moçambique

**CECÍLIA ANACORETA CORREIA**

*Mestre em Direito. Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

*Membro da Comissão de Arbitragem Administrativa da Associação Portuguesa de Arbitragem*

*Advogada Associada da Abreu Advogados*

**RESUMO:** a) Relevância do tema; b) Jurisdição dos tribunais administrativos de Moçambique; c) Antecedentes legais dos tribunais arbitrais administrativos em Moçambique; d) A LAV de 1999 e a salvaguarda das especificidades da arbitragem administrativa; e) *Lei especial* em matéria de arbitragem administrativa; f) Dúvidas e contradições das opções legais em matéria de arbitragem no âmbito de relações jurídicas contratuais administrativas; g) Riscos a evitar em matéria de arbitragem no âmbito de relações jurídicas contratuais administrativas; h) Considerações finais sobre regras aplicáveis ao processo arbitral administrativo.

## **a) Relevância do tema**

Segundo dados do Banco Mundial, a economia moçambicana revelou alguns sinais de recuperação no primeiro trimestre de 2017. O crescimento do PIB subiu para 2.9%, mais que o dobro da taxa de crescimento do trimestre anterior, a moeda moçambicana, o *Metical*, encontrava-se mais

estável e a inflação diminuiu. Porém, os dados globais de 2017 revelam o abrandamento do desempenho económico face a uma queda de 26% do Investimento Direto Estrangeiro (IDE), em parte devido ao contexto de austeridade e de incumprimentos financeiros associados ao alto nível de dívida pública<sup>1</sup>. Por sua vez, o investimento nacional encontra-se estrangulado pelas dificuldades de acesso a financiamento e a uma variação cambial que se situa em cerca de 25% nesta fase de 2018. As perspetivas até 2020 são de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) moçambicano, embora a níveis que se situam abaixo dos 4%, bem inferior à taxa de crescimento de 7% alcançada em média entre 2011 e 2015.

Neste contexto, Moçambique esforça-se por atrair investimento estrangeiro e promover o reinvestimento de lucros em projetos que contribuam para o desenvolvimento económico do país. A par de outras medidas públicas de proteção do investimento, a garantia de acesso à arbitragem para resolução de conflitos é um fator muito relevante para o incremento da confiança dos investidores estrangeiros. Face aos avultados investimentos e à tecnicidade de determinados sectores estratégicos da economia moçambicana – como por exemplo o da indústria extrativa, responsável pelas maiores receitas de exportação – a arbitragem afigura-se como um meio jurisdicional de resolução de conflitos de enorme importância prática, atendendo à ainda insuficientemente demonstrada experiência da “nova” rede de tribunais administrativos de primeira instância do país. Porém, no domínio dos litígios jurídico-administrativos, são elevadas as incongruências normativas que o legislador moçambicano deveria rapidamente ser chamado a suprir.

## **b) Jurisdição dos tribunais administrativos de Moçambique**

Uma breve resenha histórica sobre a jurisdição administrativa revela que Moçambique assiste na transição para este milénio a um processo de desconcentração de competências jurisdicionais, que antes que estavam concentradas no designado “Tribunal Administrativo”. Esta desconcentração implicou dotar o país de uma rede de tribunais de primeira instância,

<sup>1</sup> Cfr. Relatório sobre o Investimento Mundial, da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD).

*administrativos, fiscais e aduaneiros*<sup>2</sup>, mediante um aumento significativo do número de tribunais até então existentes. Posteriormente, o direito de acesso aos tribunais em matérias administrativas, fiscais e aduaneiras vai sendo consolidado através de uma jurisprudência constitucional que recusa limitar o direito de acesso aos tribunais exclusivamente para efeitos de impugnação de “*atos lesivos, definitivos e executórios*”, afasta o tradicional princípio da *exaustão dos meios administrativos gratuitos* e reconhece o direito a *uma tutela jurisdicional efetiva* relativamente a todos os litígios emergentes de relações jurídicas administrativas<sup>3</sup>. Neste sentido, a legislação moçambicana reconhece hoje que aos tribunais administrativos do país compete “*assegurar a tutela efetiva de direitos e interesses legalmente protegidos das pessoas nas relações sujeitas ao Direito Administrativo que estabeleçam com pessoas coletivas públicas ou sujeitos privados*” (artigo 3.º a) da Lei 7/2014, de 28 de fevereiro).

A possibilidade de existência de tribunais administrativos de primeira instância, a par de tribunais fiscais e aduaneiros, foi pela primeira vez admitida na Constituição Moçambicana de 2004 (artigo 223.º da CRM 2004) e afirmada pela Lei Orgânica da Jurisdição Administrativa de 2009. Esta Lei determina a existência obrigatória de um tribunal administrativo de primeira instância em cada província do país e na Cidade de Maputo (arts. 3.º e 41.º da Lei n.º 25/2009, de 28 de setembro). O processo de implementação da dita rede de tribunais administrativos de primeira instância resultou numa aproximação da justiça administrativa aos cidadãos muito expressiva, existindo hoje um tribunal administrativo na Cidade de Maputo e na

<sup>2</sup> A existência *obrigatória* do Tribunal Administrativo e dos tribunais aduaneiros e fiscais é imposta pela Constituição moçambicana de 1990 (artigo 167.º), que os configura como verdadeiros tribunais e autónomos dos tribunais judiciais (modelo francês).

Porém, o designado “Tribunal Administrativo” só surgirá após a Lei n.º 5/92, de 6 de maio, extinguir o antecessor “Tribunal Administrativo, Fiscal e de Contas de Moçambique”, criado em 1926. A competência fiscal e aduaneira de primeira instância será mantida sob jurisdição do Tribunal Administrativo até à Lei n.º 5/2001, de 29 de março. A criação, competência e funcionamento dos tribunais aduaneiros de primeira instância em cada uma das províncias do país e na cidade de Maputo só será regulada pela Lei n.º 10/2001, de 7 de junho, e a dos tribunais fiscais de primeira instância pela Lei n.º 2/2004, de 21 de janeiro. Posteriormente, a Constituição Moçambicana de 2004 enquadra a existência *facultativa* de tribunais fiscais e aduaneiros, bem como de tribunais administrativos de primeira instância (art. 223.º CRM 2004), cuja organização e funcionamento serão conjuntamente regulados pela Lei Orgânica da Jurisdição Administrativa (LOJA) aprovada pela Lei n.º 25/2009, de 28 de setembro.

<sup>3</sup> A título de exemplo, cfr. Acórdão do Conselho Constitucional n.º 1/CC/2016 de 5 de maio de 2016.

Província de Sofala, na Província de Maputo, na Província de Zambézia, na Província de Gaza, na Província de Tete, na Província de Inhambane, na Província de Nampula, na Província de Niassa, na Província de Cabo Delgado e na Província de Manica.

### c) Os tribunais arbitrais administrativos em Moçambique

A existência de tribunais arbitrais com competência para julgar litígios jurídico-administrativos, curiosamente, é admitida pelo legislador moçambicano muito antes de a Constituição Moçambicana o fazer e inclusivamente antes de ocorrer a criação da *supra* exposta rede de tribunais administrativos, fiscais e aduaneiros de primeira instância. Foi na Lei n.º 5/92, de 6 de maio, diploma que regula o âmbito da jurisdição administrativa exercida pelo “Tribunal Administrativo”, que pela primeira vez o legislador admite a existência de tribunais arbitrais com competência para julgar litígios jurídico-administrativos. Fâ-lo no artigo 3.º n.º 2 nestes termos: “*Podem constituir-se tribunais arbitrais no âmbito dos contratos administrativos, da responsabilidade civil contratual ou extracontratual e no contencioso dos actos de conteúdo predominantemente económico, desde que sejam presididos por um juiz do Tribunal Administrativo e neste integrados*”. A exigência de presidência dos tribunais arbitrais administrativos por um juiz do Tribunal Administrativo será posteriormente eliminada pela Lei n.º 25/2009, não vigorando nos dias de hoje (cfr. atual artigo 3.º n.º 6 da Lei n.º 24/2013, de 1 de novembro, e artigo 212.º da Lei n.º 7/2014, de 28 de fevereiro).

A existência de tribunais arbitrais como parte integrante do sistema judicial moçambicano só veio, porém, a ter consagração constitucional na Constituição Moçambicana de 2004, que os configura como uma das espécies de tribunais existentes na República de Moçambique, de existência facultativa, tal como faz relativamente aos então previstos tribunais administrativos, fiscais e aduaneiros de primeira instância, entre outros tribunais especializados cuja possibilidade de existência a Constituição também admite (artigo 223.º n.º 2 da CRM 2004).

O carácter pioneiro da consagração legal na Lei n.º 5/92 da possibilidade de criação de tribunais arbitrais para julgar questões administrativas é realçado, em primeiro lugar, pelo facto de se tratar de uma antecipação do acima exposto processo de desconcentração de competências jurisdicionais

de primeira instância do Tribunal Administrativo. Em segundo lugar, pelo facto de inexistir ao tempo um regime geral da arbitragem que incluísse regras aplicáveis à arbitragem administrativa. Esta lei é inclusivamente anterior a intervenções legislativas que se ocupam da matéria da arbitragem noutros domínios, como seja a Lei do Trabalho de 1998 e o Código da Propriedade Industrial de 1999<sup>4</sup>.

#### **d) A LAV de 1999 e a salvaguarda das especificidades da arbitragem administrativa**

A primeira “Lei da Arbitragem, Conciliação e Mediação” de Moçambique foi aprovada no final da década de noventa, “*tendo em vista responder às transformações que se têm vindo a operar no país, decorrentes do desenvolvimento de uma economia de mercado e de relações comerciais internacionais*”, segundo refere o preâmbulo deste diploma (Lei n.º 11/99, de 12 de julho, de ora em diante designada por LAV).

A LAV é um diploma que se mantém inalterado desde a sua entrada em vigor, não obstante presentemente se discutir a reforma deste diploma. Esta lei permite e regula o acesso à arbitragem para todos os tipos de litígios, exceto em matérias que recaiam sobre a jurisdição exclusiva dos tribunais estaduais ou que digam respeito a direitos indisponíveis ou não transacionáveis (artigo 5.º, n.º 2, da LAV).

Na senda do enquadramento constitucional dos tribunais arbitrais como verdadeiros órgãos jurisdicionais, esta lei afirma categoricamente no seu artigo 43.º que “*A decisão arbitral, depositada nos termos do artigo 42.º, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do poder judicial e, sendo condenatória, constitui título executivo*”. Mais tarde, na Lei da Organização Judiciária dos tribunais civis, o legislador moçambicano afirma que “*para efeito de prazos de prescrição, os tribunais arbitrais são considerados órgãos jurisdicionais*” (artigo 9.º da Lei n.º 24/2007, de 20 de agosto,

<sup>4</sup> Neste sentido, DÁRIO MOURA VICENTE, *Arbitragem e outros meios de resolução extrajudicial de litígios no Direito Moçambicano*, pág. 1, texto que serviu de base à palestra proferida na Beira, em 6 de novembro de 2006, a convite da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Vicente-Dario-ARBITRAGEM-EOUTROS-MEIOS-DE-RESOLUCAO-EXTRAJUDICIAL-DE-LITIGIOS-NODIREITO-MOCAMBICANO.pdf>.

não alterado pela subsequente Lei n.º 24/2014, de 23 de setembro). Esta equiparação, sendo nos seus termos restritiva, em nada diminui a configuração constitucional dos tribunais arbitrais de Moçambique como verdadeiros órgãos jurisdicionais, dotados de autoridade para resolução judicial de conflitos no contexto de um sistema de monopólio estadual da atividade de administração da Justiça.

De acordo com a legislação moçambicana, os litígios jurídico-administrativos não recaem sobre a jurisdição exclusiva dos tribunais estaduais, podendo ser arbitráveis. No seu artigo 6.º, a LAV especifica que o Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem se estas tiverem por objeto litígios respeitantes a:

- a) relações de direito privado;
- b) relações de natureza contratual; e
- c) se para tanto forem autorizados por lei especial.

A formulação genérica “*relações de natureza contratual*” não exclui do âmbito da arbitragem as relações contratuais de natureza jurídico-administrativa, pelo que esta formulação funciona ela própria como uma autorização legal à celebração de convenções de arbitragem para a resolução de litígios relativos à interpretação, validade e execução de contratos públicos. Releva para efeito de delimitação da arbitrabilidade deste género de litígios as *disposições gerais* constantes dos números 2 e 3 do artigo 4.º da LAV. A primeira das referidas disposições gerais especifica que “*A convenção de arbitragem pode ter por objecto qualquer litígio actual, ainda que tenha sido interposta acção em tribunal judicial e em qualquer estado do processo designando-se, nesse caso, por compromisso arbitral, ou qualquer litígio eventualmente emergente de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual designando-se, então, por cláusula compromissória*”. A segunda disposição geral, constante do n.º 3 do artigo 4.º da LAV, refere que “*As partes podem acordar em considerar abrangidas no conceito de litígio, para além das questões de natureza contenciosa em sentido estrito, quaisquer outras, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar, atualizar ou mesmo rever os contratos ou as relações jurídicas que estão na origem da convenção*”. Esta norma permite considerar arbitráveis no âmbito das relações contratuais de natureza jurídico-administrativa conflitos de interesses que não têm propriamente um carácter contencioso “*por lhes faltarem os elementos constitutivos de um litígio: uma pretensão e uma resistência*”<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, *ob. cit.*, pág. 2.

Retomando o artigo 6.º da LAV, a referência a autorização por “lei especial” de convenções de arbitragem noutros domínios, que não os de direito privado ou de natureza contratual, abre a porta à arbitrabilidade de outras matérias jurídico-administrativas. Deste modo, o artigo 6.º da LAV opta pela consagração e a abertura à arbitragem administrativa que, assim, a LAV claramente consagra como uma matéria inserida no seu âmbito de aplicação. Simultaneamente, a LAV salvaguarda a possibilidade de redefinição das matérias administrativas arbitráveis através de *lei especial*. A opção de não fechar o âmbito das matérias administrativas arbitráveis fará com que o n.º 4 do artigo 70.º da LAV proceda à alteração do artigo 3.º da Lei n.º 5/92, de 6 de maio, que passa a dispor: “*Podem constituir-se tribunais arbitrais no âmbito dos contratos administrativos, da responsabilidade civil contratual ou extracontratual e no contencioso dos actos do conteúdo predominantemente económico, desde que sejam presididos por um juiz do Tribunal Administrativo e neste integrado, salvo se lei especial dispuser em sentido contrário*”.

Em suma, em matéria de arbitragem administrativa, a LAV apresenta-se como o quadro regulador geral, de aplicação supletiva, que cede lugar sempre que exista *lei especial* a dispor em sentido diferente sobre o âmbito das matérias administrativas arbitráveis. A LAV não é, porém, totalmente clara relativamente à extensão da possibilidade de redefinição das matérias administrativas arbitráveis por via de lei especial. Por um lado, o artigo 6.º da LAV parece tomar uma opção definitiva pela arbitrabilidade das relações jurídicas contratuais de natureza administrativa, admitindo somente que por via de lei especial se proceda ao alargamento das matérias arbitráveis para outros domínios. Por outro lado, em sentido contrário, a alteração do artigo 3.º da Lei n.º 5/92, que decorre do n.º 4 do artigo 70.º da LAV, salvaguarda a possibilidade de lei especial restringir as matérias arbitráveis que essa mesma norma elenca, incluindo a arbitrabilidade das matérias de natureza contratual.

#### e) *Lei especial* em matéria de arbitragem administrativa

Correspondem a “*lei especial*” para efeitos de aplicação do artigo 6.º da LAV, desde logo, as normas que delimitam a jurisdição dos tribunais administrativos, designadamente a Lei Orgânica da Jurisdição Administrativa

(LOJA)<sup>6</sup> e as que regulam o contencioso administrativo.<sup>7</sup> Isso mesmo vem expressamente assumido na Lei de Formação da Vontade Administrativa (Lei n.º 14/2011, de 10 de agosto), que em relação à arbitrabilidade de matérias administrativas, estabelece no artigo 185.º a regra segundo a qual: “*É admissível o recurso à arbitragem, nos termos da legislação da orgânica da jurisdição administrativa e do processo contencioso administrativo*”.

Em 2001, Moçambique aprova a primeira lei própria de processo administrativo contencioso (LPAC), que substitui as regras da Reforma Administrativa Ultramarina de 1933<sup>8</sup>. Quer a LPAC 2001, quer a LPAC 2014 que posteriormente a substituiu, passam a conter um capítulo próprio regulador da arbitragem administrativa (Cap. IX da LPAC 2001 e Capítulo X da LPAC 2014), onde o legislador perentoriamente reconhece que as decisões arbitrais em matéria administrativa gozam da mesma força normativa de que gozam as decisões proferidas pelos tribunais da jurisdição administrativa (cfr. artigo 224.º da LPAC 2014). Esta equiparação vai de encontro à opção constitucional de enquadrar os tribunais arbitrais como órgãos integrantes do sistema judicial moçambicano, de existência facultativa tal como os tribunais administrativos, fiscais e aduaneiros de primeira instância (artigo 223.º n.º 2 da CRM 2004).

A LPAC 2001 admite a arbitragem administrativa nos termos já antes admitidos pela Lei n.º 5/92, de 6 de maio, i.e., relativamente a litígios no âmbito dos contratos administrativos, da responsabilidade civil contratual ou extracontratual e no contencioso dos atos de conteúdo predominantemente económico (artigo 180.º da LPAC 2001). Em relação à LAV, esta norma mantém a extensão do leque de matérias administrativas arbitráveis aos domínios da responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas de direito público, contratual e extracontratual, e do contencioso dos atos de conteúdo predominantemente económico.

<sup>6</sup> Lei n.º 25/2009, de 28 de setembro (LOJA 2009), posteriormente revogada e substituída pela Lei n.º 24/2013, de 1 de novembro, por sua vez alterada pela Lei n.º 7/2015, de 6 de outubro (LOJA 2013).

<sup>7</sup> Lei n.º 9/2001, de 7 de julho, que aprova a Lei de Processo do Contencioso Administrativo (LPAC 2001), posteriormente substituída pela Lei n.º 7/2014, de 28 de fevereiro (LPAC 2014).

<sup>8</sup> No sentido de que, até à LPAC 2001, a principal fonte normativa do contencioso administrativo moçambicano era a Reforma Administrativa Ultramarina de 1933 (RAU), cfr., e.g., Acórdão do Tribunal Administrativo (Fernando Joaquim da Cruz), de 9 de maio de 1995, que rejeita um recurso invocando o n.º 3 do art. 693.º da RAU.

Sucede, porém, que a LPAC 2014 restringe esta abertura inicial de matérias administrativas arbitráveis, eliminando a referência ao contencioso dos atos de conteúdo predominantemente económico (cfr. artigo 202.º da LPAC 2014)<sup>9</sup>. Deste modo, a LPAC 2014 ilegaliza, por falta de norma legal habilitante exigida pelo artigo 6.º da LAV, as convenções de arbitragem que tenham sido celebradas após a sua entrada em vigor, i.e., 29 de abril de 2014, pelo Estado e demais pessoas coletivas públicas para resolução de litígios respeitantes à prática ou omissão de atos administrativos, incluindo os atos de conteúdo predominantemente económico (cfr. artigo 202.º da LPAC 2014).

#### **f) Dúvidas e contradições das opções legais em matéria de arbitragem no âmbito de relações jurídicas contratuais administrativas**

Dúvidas surgem, porém, acerca da possibilidade de readmissão da arbitrabilidade dos litígios relativos a atos de conteúdo predominantemente económico, pelo facto de a Lei n.º 7/2015, de 6 de outubro, não adotar a mesma opção restritiva mas, antes, a de republicar sem alterações a redação do artigo 3.º n.º 6 da LOJA 2013. Deste modo, em 2015, o legislador republica uma norma que mantém a expressa admissibilidade de constituição de tribunais arbitrais no âmbito do “*contencioso dos atos de conteúdo predominantemente económico*”<sup>10</sup>. A partir de então, passa a ser discutível se esta norma permite ou não salvaguardar cláusulas compromissórias posteriores, que se

<sup>9</sup> Esta norma também restringe a arbitrabilidade dos litígios que tenham por objeto a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por prejuízos decorrentes de “*atos de gestão pública*”. Porém, tal não significa que a matéria de responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por “*atos de gestão privada*” deixe de ser arbitrável. A LPAC 2014 apenas deixa de se referir a esta última matéria pelo facto de se encontrar excluída da jurisdição dos tribunais administrativos (cfr. artigo 50.º n.º 1 i) LOJA 2013). A responsabilidade extracontratual da Administração Pública por atos de gestão privada é regida por disposições de direito privado e integra-se na jurisdição dos tribunais judiciais, pelo que a sua arbitrabilidade é permitida nos termos do disposto no artigo 6.º da LAV, na parte em que esta norma se refere a “*litígios respeitantes a relações de direito privado*”, com todas as reservas que nos merece a sujeição em bloco ao direito civil deste tipo de responsabilidade e a qualificação das relações jurídicas subjacentes como “*relações de direito privado*”.

<sup>10</sup> Esta lei da Assembleia da República entrou em vigor na data da sua publicação, i.e., no dia 6 de outubro de 2015.

refiram à resolução por via arbitral de litígios em torno de atos *de conteúdo predominantemente económico*, como sejam, por exemplo, atos administrativos relativos à formação ou à execução de contratos públicos. Para além desta ambiguidade em torno da definição da lei aplicável, existe também a dúvida em torno da arbitrabilidade deste tipo de litígios pelo facto de não ser denificado na lei o que se entende por “*litígios respeitantes a relações de natureza contratual*”, critério de arbitrabilidade constante do artigo 6.º da LAV, como acima referido.

Em face desta duvidosa forma de delimitação das questões administrativas arbitráveis, para se delimitar com toda a certeza quais as matérias administrativas passíveis de resolução por via da arbitragem no âmbito de relações jurídicas contratuais administrativas, a LPAC 2014 obriga a analisar uma questão “*das mais teoricamente complicadas que se suscitam no âmbito do contrato administrativo*”<sup>11</sup>. Tal questão é a de determinar se os atos adotados pelo contraente público no exercício de poderes de conformação da relação contratual se traduzem na prática de *atos administrativos* ou antes na prática ou emissão de *declarações negociais*. No primeiro caso, o litígio será arbitrável se puder ser configurado como um litígio de natureza contratual, por força do disposto no artigo 6.º da LAV. Já no segundo caso, a arbitrabilidade dependerá da aferição do “*conteúdo predominantemente económico*” do ato cuja ação ou omissão esteja em causa, o que, ainda assim, só relevará como critério de arbitrabilidade se se concluir que o artigo 3.º n.º 6 da LOJA 2013, republicado pela Lei n.º 7/2015, se sobrepõe à alteração legislativa restritiva introduzida pelo artigo 202.º da LPAC 2014.

Para além do problema de definição das matérias administrativas arbitráveis, parecem existir outras restrições legais à arbitragem no âmbito de relações jurídicas contratuais administrativas, resultantes das normas que dispõem sobre matérias administrativas específicas, como seja o Regulamento da Contratação Pública de 2016, aprovado pelo Decreto n.º 5/2016, de 8 de março.

Este Regulamento é “*aplicável à Contratação de Empreitada de Obras Públicas, Fornecimento de Bens e Prestação de Serviços, incluindo os de Locação, Consultoria e Concessões*” (artigo 1.º). O conceito de “concessão” adotado por este regulamento refere-se a contratos de “*transmissão para exploração, por período*

<sup>11</sup> RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “O acto administrativo contratual”, in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 63, Maio/Junho 2007, pág. 5.

determinado, de uma actividade de domínio público existente ou a desenvolver” e a contratos através dos quais a Administração “*outorga do direito de construir e explorar de forma temporária bens e serviços de domínio público, com a entrega dos mesmos no fim do correspondente contrato de concessão*” (cfr. alíneas k) e l) do glossário Anexo ao referido Regulamento). O que quer que se entende por “*actividade, bens e serviços de domínio público*” não está definido neste diploma e dificilmente se pode delimitar por referência exclusiva ao conceito de “bens do domínio público” introduzido pelo artigo 98.º n.º 2 da CRM 2004<sup>12</sup> e concretizado na Lei<sup>13</sup>. Agravadamente, a delimitação do tipo de contratos sujeitos à aplicação deste diploma de 2016 não está minimamente articulada com o conceito de contrato administrativo adotado na Lei de Formação da Vontade Administrativa de 2011, o qual extravasa em muito o âmbito tipificado de contratos referidos no Regulamento da Contratação Pública de 2016. Efetivamente, esta Lei mantém um conceito *não tipificado* de contrato administrativo, que abrange todo o tipo de “*acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa*” (cfr. n.º 1 do artigo 176.º da Lei n.º 14/2011, de 10 de agosto). A título de exemplo, o legislador refere-se expressamente a contratos de “*concessão de uso privativo do domínio público*” e a contratos de “*prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública*” (al. d) e g) do n.º 2 do artigo 176.º da Lei n.º 14/2011, de 10 de agosto), dois casos cuja sujeição ao Regulamento da Contratação Pública de 2016 implicaria reportá-los à noção de “*actividade, bens e serviços de domínio público*”.

O mesmo conceito não tipificado de contrato administrativo consta do artigo 10.º da Lei n.º 5/92, de 6 de maio, norma que se manteve inalte-

<sup>12</sup> Nos termos artigo 98.º n.º 2 da CRM 2004, só “*Constituem domínio público do Estado: a) a zona marítima; b) o espaço aéreo; c) o património arqueológico; d) as zonas de protecção da natureza; e) o potencial hidráulico; f) o potencial energético; g) as estradas e linhas férreas; h) as jazidas minerais; i) os demais bens como tal classificados por lei*”.

<sup>13</sup> Cfr., e.g., o Regulamento do Património do Estado, aprovado pelo Decreto n.º 23/2007, de 9 de agosto, que no artigo 3.º f), acrescidamente ao disposto no artigo 98.º n.º 2 da CRM 2004, especifica que o domínio público respeitante a linhas férreas inclui “*os bens imóveis inerentes a actividade, nomeadamente, estações, pontes e apeadeiros*”, e qualifica como bens do domínio público os seguintes: “(x) Caminhos; (xi) Aeroportos e aeródromos; (xii) Pontes; (xiii) Linhas telefónicas e telegráficas; (xiv) Portos e cais; (xv) Barragens, represas, valas e canais; (xvi) Redes de distribuição de água e energia eléctrica, (xvii) Nascentes de-águas minerais e termais; (xviii) Monumentos, museus nacionais e obras de arte; (xix) Demais bens como tal classificados por lei”.

rada na LOJA 2009 e na LOJA 2013 para efeitos de delimitação da competência contenciosa dos tribunais administrativo (cfr. atual artigo 11.º da LOJA 2013)<sup>14</sup>.

A dificuldade em delimitar os contratos administrativos que estão submetidos à aplicação imediata deste regulamento acresce à dificuldade em saber se o Regulamento da Contratação Pública de 2016 pode ter uma aplicação subsidiária aos contratos não diretamente abrangidos pelo seu âmbito de aplicação. A pertinência desta questão prende-se com o facto de este diploma regular questões que não se encontram reguladas, ou não tão

<sup>14</sup> A mesma desarticulação existe relativamente ao âmbito de contratos administrativos que são regulados pela Lei n.º 15/2011, de 10 de agosto, regulamentada pelo Decreto n.º 16/2012, de 4 de julho, o qual igualmente extravasa em muito o âmbito tipificado de contratos referidos no Regulamento da Contratação Pública.

Esta Lei regula, de forma transversal a vários sectores de atividade, o “*processo de contratação, implementação e monitoria*” das Parcerias Público-Privadas (PPP), Projectos de Grande Dimensão (PGD) e Concessões Empresariais (CE). No conceito de PPP, esta Lei inclui os contratos celebrados por entidades governamentais de níveis central, provincial e distrital, e pelas Autarquias Locais, que respeitem a “*empreendimento em área de domínio público, excluindo o de recursos minerais e petrolíferos, ou em área de prestação de serviço público*”, no qual o parceiro privado se obriga, perante o parceiro público, a realizar “*o investimento necessário e explorar a respectiva actividade, para a provisão eficiente de serviços ou bens que compete ao Estado garantir a sua disponibilidade aos utentes*”. Bem longe está esta definição da referência genérica a “*bens e serviços de domínio público*” adotado no Regulamento da Contratação Pública de 2016.

No conceito de PGD a mesma Lei inclui os contratos que respeitem a investimentos autorizados ou contratados pelo Governo e que ultrapassem um valor determinado, independentemente do sector de atividade, exceto os excluídos pelo âmbito de aplicação desta lei, i.e., a “*contratação de simples fornecimento de bens e serviços às instituições do Estado, incluindo a contratação por este de empreitadas de obras públicas e de serviços de consultoria*” e “*as parcerias público-privadas de natureza altruísta, social, humanitária, cultural, desportiva ou outra similar, sem fins lucrativos*”. Assim, a definição de PGD reporta-se a um conceito não tipificado de contrato administrativo, que está em linha com o conceito de contrato administrativo adotado na Lei de Formação da Vontade Administrativa de 2011 (artigo 176.º n.º 1 da Lei n.º 14/2011) e não se restringe ao âmbito tipificado de contratos referidos no Regulamento da Contratação Pública de 2016.

Por fim, esta lei refere-se às CE como contratos que têm por objecto “*a prospecção, pesquisa, extracção e/ou a exploração de recursos naturais ou outros recursos ou bens patrimoniais nacionais, levado a cabo nos termos do respectivo contrato ou outra forma de titularização dos direitos concedidos pelo Governo no âmbito desse empreendimento*”. Esta delimitação claramente estende o conceito de concessão administrativa para lá do referido no Regulamento da Contratação Pública de 2016 e na Lei de Formação de Vontade Administrativa de 2011, na medida em que a CE pode incidir sobre bens do Estado que se situam fora do domínio público, i.e., bens do domínio privado do Estado.

exaustivamente reguladas, na Lei de Formação da Vontade Administrativa de 2011, noutros diplomas de aplicação transsectorial, como a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP), Projectos de Grande Dimensão (PGD) e Concessões Empresariais (CE), nem nos diplomas que regulam a contratação em sectores específicos de atividade<sup>15</sup>.

Feita a devida reserva relativamente às ambiguidades na definição do seu âmbito de aplicação, importa frisar que o Regulamento da Contratação Pública de 2016 especifica, quanto ao tema que nos traz aqui, quais as “cláusulas essenciais” dos contratos por ele abrangidos. Nesse âmbito, prevê-se: “*O Contrato pode prever a adopção de arbitragem independente para solução de conflitos resultantes da interpretação e execução do Contrato, a ser realizada em Moçambique e em língua portuguesa, com observância da legislação específica sobre a matéria* (artigo 112.º n.º 2 do Decreto n.º 5/2016, de 8 de março)”<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Por exemplo, a contratação pública no *sector mineiro* obedece ao disposto na Lei das Minas de 2014 e respetivo Regulamento (Lei n.º 20/2014, de 18 de agosto, e Decreto n.º 31/2015, de 31 de dezembro). Não obstante, muitos contratos de concessão mineira e outros que se encontravam vigentes à data da entrada em vigor desta Lei, em 18.08.2014, continuam a reger-se pela anterior Lei das Minas de 2002 e pelo respetivo Regulamento (Lei n.º 14/2002, de 26 de junho, e Decreto n.º 62/2006, de 26 dezembro), ao abrigo da possibilidade de opção nesse sentido que foi conferida pelo disposto no artigo 83.º n.º 2 da Lei das Minas de 2014. Por sua vez, a contratação pública no *sector do petróleo, gás natural, gás metano associado e gás natural associado* está em geral sujeita à regulamentação específica constante da “Lei dos Petróleos de 2014” e respetivo Regulamento (Lei n.º 21/2014, de 18 de agosto, e Decreto n.º 34/2015, de 31 de dezembro). O Governo inclusivamente adotou um Modelo de Concessão de Pesquisa e Produção de Petróleo, aprovado pela Resolução n.º 25/2016, de 3 de outubro. A Lei n.º 25/2014, de 23 de setembro, autorizou o Governo a aprovar um regime legal e contratual específico para os Projetos da Bacia do Rovuma, que consta do Decreto-Lei n.º 2/2014, de 2 de dezembro.

<sup>16</sup> Por sua vez, a norma do Regulamento da Contratação Pública de 2016 que regula a “Fixação de Preços de Trabalhos a Mais” nos contratos de Empreitada de Obras Públicas impõe o acesso à arbitragem neste domínio: “*Não havendo acordo entre as partes sobre os preços unitários, a questão é submetida, em primeiro lugar, à arbitragem nos termos do presente Regulamento. (...) Logo que haja decisão da arbitragem sobre os preços dos trabalhos a mais, proceder-se-á às correções emergentes na faturação seguinte das obras ou num prazo não superior a trinta (30) dias*” (artigo 139.º n.ºs 6 e 8). Em matéria de reclamações sobre erros e omissões, estipula-se: “*Se a Entidade Contratante e a Contratada não chegarem a acordo em relação aos custos resultantes de erros e/ou omissões no projeto referidos nos n.ºs 3 e 6, poderão recorrer à arbitragem independente para solução de conflitos resultantes da interpretação e execução do Contrato*” (artigo 146.º n.º 7). Também quanto a “Eventos Passíveis de Compensação”, este diploma admite: “*Caso a Contratada não concorde com a decisão da Entidade Contratante, pode propor a submissão do assunto a arbitragem*” (artigo 233.º n.º 10). A arbitragem está também prevista como uma forma possível de resolução de

Esta norma, já inserida no anterior Regulamento da Contratação Pública de 2010 (artigo 45.º n.º 2 do Decreto n.º 15/2010), ao exigir que seja realizada em Moçambique e em Português toda a arbitragem administrativa relativa ao tipo de contratos abrangidos por este diploma, não salvaguarda devidamente as convenções multilaterais ou os acordos bilaterais celebrados antes da sua entrada em vigor, através dos quais o Estado moçambicano aceita submeter-se à arbitragem internacional a realizar fora de Moçambique para resolução de diferendos em torno de investimentos estrangeiros<sup>17</sup>. É o caso da Convenção de Washington de 1965 – “Convenção Para a resolução de Diferendos relativos a investimentos Entre Estados e Nacionais de outros Estados” –, a que Moçambique se encontra vinculado desde 7 de julho de 1995 e que instituiu o *Centro Internacional Para A Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos* (ICSID), sediado em Washington, D.C.<sup>18</sup>, bem como da Convenção de Nova Iorque de 1998 – “Convenção

litígios relativos aos preço e regime aplicáveis à utilização na continuação e conclusão da obra pela Entidade Contratante dos recursos materiais de que tomou posse, incluindo estaleiros, materiais, equipamentos, veículos e ferramentas dedicados à obra (artigo 251.º n.º 1).<sup>17</sup> A ressalva da arbitragem internacional consta, por exemplo, da Lei dos Petróleos de 2014 (artigo 69.º), mas já não da Lei das Minas de 2014. Nos termos da Lei dos Petróleos de 2014, se uma disputa não puder ser resolvida por negociação, a questão pode ser submetida à arbitragem ou às autoridades judiciais competentes, nos termos e condições estabelecidos pelo contrato de concessão ou, não havendo no contrato de concessão uma cláusula de arbitragem, às autoridades judiciais competentes. De notar que esta condição de precisão contratual é fonte de uma desejável ambiguidade porque contraria o regime que decorre de tratados bilaterais ou multilaterais de investimento, como é o caso da Convenção de Washington de 1965, que permitem o recurso à arbitragem internacional em certas circunstâncias, mesmo que os contratos o não prevejam. A Lei dos Petróleos estabelece, igualmente, as regras que deverão ser seguidas no âmbito do processo arbitral, definindo que qualquer arbitragem entre investidores estrangeiros e o Estado de Moçambique deverá seguir: i) a “lei que rege a arbitragem, a conciliação e a mediação”; ii) as regras do *Centro Internacional de Resolução de Diferendos Relativos a investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados* (ICSID); iii) as regras fixadas no Regulamento do Mecanismo Suplementar do ICSID; iv) as regras de outras instâncias internacionais de reconhecida reputação em conformidade com o que as partes tiverem acordado contratualmente, desde que as partes tenham expressamente especificado as condições para a sua implementação, incluindo a forma de designação dos árbitros e o prazo para a tomada de decisão.

<sup>18</sup> A competência do ICSID encontra-se definida no artigo 25.º da Convenção, nos termos do qual:

*“1 – A competência do Centro abrangerá os diferendos de natureza jurídica diretamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa coletiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado contratante, diferendo esse cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes.*

sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”, a que Moçambique aderiu em 6 de junho de 1998. Quanto a acordos bilaterais, Moçambique está vinculado a 27 Tratados Bilaterais de Investimento entrados em vigor antes da vigência do Regulamento da Contratação Pública de 2010 ou de 2016<sup>19</sup>.

Nem a LPAC 2014 nem a LOJA 2013 contêm normas especiais sobre a arbitragem administrativa internacional, que está enquadrada em termos gerais pela LAV no n.º 2 do artigo 52.º assim: “*Para efeitos da presente Lei, uma arbitragem será de natureza internacional quando ponha em jogo interesses de comércio internacional e, designadamente, quando: a) as partes numa convenção arbitral tiverem, no momento da conclusão dessa convenção, o seu domicílio comercial em países diferentes; ou b) um dos lugares a seguir referidos estiver situado fora do país no qual as partes têm o seu estabelecimento: i. o lugar da arbitragem, se este estiver fixado na convenção de arbitragem ou for determinável de acordo com esta; ii. qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o lugar com o qual o objecto do litígio se ache mais estritamente conexo; ou c) as partes tiverem convencionado expressamente que o objecto da convenção de arbitragem tem conexões com mais de um país*”. Ora, face à inexistência de normas que salvaguardem a arbitragem administrativa internacional,

2 – «*Nacional de outro Estado Contratante*» significa:

a) *Qualquer pessoa singular que tenha a nacionalidade de um Estado Contratante, outro que não o Estado parte no diferendo, à data em que as partes hajam consentido em submeter tal diferendo a conciliação ou arbitragem em conformidade com o n.º 3 do artigo 28.º ou o n.º 3 do artigo 36.º, à exclusão de qualquer pessoa que, em qualquer das datas referidas, tivesse igualmente a nacionalidade do Estado Contratante parte no diferendo; e*

b) *Qualquer pessoa colectiva que tenha nacionalidade de um Estado Contratante, outro que não o Estado parte no diferendo, à data em que as partes hajam consentido em submeter tal diferendo a conciliação ou a arbitragem, bem como qualquer pessoa colectiva que tenha a nacionalidade do Estado Contratante parte no diferendo àquela data e que, em virtude do controle sobre ela exercido por interesses estrangeiros, as partes tenham concordado em tratar como um nacional de outro Estado Contratante, para os efeitos da presente Convenção.*

3 – *O consentimento de uma pessoa colectiva de direito público ou de um organismo de um Estado Contratante requererá a aprovação do referido Estado, excepto se o mesmo notificar o Centro no sentido de que tal aprovação não é necessária.*

4 – *Todos os Estados Contratantes poderão, na altura da sua ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, ou em qualquer outra data posterior, notificar o Centro sobre a categoria ou categorias de diferendos que consideram poderem ser sujeitos à competência do Centro. O secretário-geral deverá transmitir imediatamente a notificação recebida a todos os Estados Contratantes. Tal notificação não dispensará o consentimento exigido pelo n.º 1.*”

<sup>19</sup> Cfr. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/143>.

o artigo 112.º n.º 2 do Regulamento da Contratação Pública de 2016 (tal como o anterior artigo 45.º n.º 2 do Regulamento da Contratação Pública de 2010) constitui um obstáculo à legalidade e efetividade de decisões arbitrais internacionais exaradas fora de Moçambique e em língua estrangeira que digam respeito a litígios relativos a contratos sujeitos a este diploma.

Importa frisar que esta incoerência legal entre o Regulamento da Contratação Pública de 2010 e de 2016 e o direito internacional convencional a que Moçambique voluntariamente se encontra vinculado, além da incerteza e insegurança jurídicas que provoca num domínio fulcral para atração do investimento estrangeiro, está em total desacordo com as opções legais assumidas pelo legislador Moçambicano no âmbito de outros diplomas que regem contratos públicos, como seja a já referida “Lei das Parcerias Público Privadas, Projetos de Grande Dimensão e Concessões empresariais” (Lei n.º 15/2011, de 10 agosto) e a “Lei do Investimento” (Lei n.º 3/93, de 24 de junho). De facto, o artigo 38.º n.º 2 da “Lei das Parcerias Público Privadas, Projetos de Grande Dimensão e Concessões empresariais” admite que as partes privilegiem a arbitragem como forma de resolução de conflitos contratuais “*Para permitir maior celeridade na resolução de litígios e a salvaguarda da dinâmica da vida económica empresarial, especialmente para a satisfação de necessidades colectivas*”. O acesso à arbitragem é uma via possível “*nos termos da lei*”, o que nos remete, desde logo, para a legislação aplicável aos empreendimentos de PPP, PGD e CE a que se refere o n.º 1 do mesmo artigo 38.º, a saber:

- a) legislação específica do sector em que a PPP, PGD ou CE se enquadre<sup>20</sup>;
- b) legislação sobre investimentos aplicável;
- c) demais legislação moçambicana aplicável;
- d) acordos ou tratados internacionais assinados e ratificados, nos termos da lei, pela República de Moçambique.

A alínea b) *supra* referida remete-nos para a já referida “Lei do Investimento”, que determina no seu artigo 25.º que os diferendos entre o Estado Moçambicano e investidores estrangeiros<sup>21</sup>, que não possam ser resolvidos

<sup>20</sup> O que abrange, designadamente, a “Lei dos Petróleos de 2014”, na parte em que salvaguarda a arbitragem internacional, como referido *supra* na nota 17.

<sup>21</sup> O conceito de *investimento estrangeiro* para efeitos desta Lei compreende tanto o investimento direto, i.e., aquele que se traduz na constituição de empresas ou na aquisição de equipamentos, instalações, stocks ou participações sociais em empresas já existentes num

por via negocial, devem ser resolvidos por arbitragem através do recurso às regras da Convenção de Washington, às regras fixadas no Regulamento do Mecanismo Suplementar ICSID ou às regras ICC caso ambas as partes tenham expressamente acordado nesse sentido.

**g) Riscos a evitar em matéria de arbitragem no âmbito de relações jurídicas contratuais administrativas**

Face ao *supra* exposto, seria desejável afastar quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de acesso à arbitragem internacional face ao disposto no artigo 112.º n.º 2 do Regulamento da Contratação Pública de 2016 (e do anterior artigo 45.º n.º 2 do Regulamento da Contratação Pública de 2010). Designadamente, clarificar que a LAV constitui base normativa suficiente para acesso a essa via de resolução de litígios sempre que, à luz dos critérios por si própria fixados, estejamos diante de litígios de natureza internacional. Até que tal clarificação surja, parecem-nos evidentes as ambiguidades normativas e os riscos de litigância suscitados em matéria de acesso à arbitragem internacional por parte de um investidor estrangeiro que celebre com o Estado Moçambicano um contrato público que esteja sujeito à aplicação do Regulamento da Contratação Pública de 2010 e de 2016. O risco é o de as respetivas convenções arbitrais serem consideradas ilegais na parte em que remetam para arbitragens *realizadas fora de Moçambique e em língua estrangeira*, fundamento invocável através de um recurso de anulação proposto nos termos do artigo 225.º da LPAC 2014, junto da Primeira Secção do Tribunal Administrativo, o qual goza de efeitos suspensivos da sentença arbitral recorrida.

Não está, pois, afastado o cenário de o Tribunal Administrativo moçambicano poder rever e afastar uma potencial decisão arbitral condenatória do Estado ou de outra entidade pública em matéria de relações jurídicas contratuais administrativas.

país por empresas, particulares ou entes públicos estabelecidos noutros países, como o investimento indireto, ou seja, o que tem lugar sob a forma de financiamentos (cfr. JULIAN LEW/LOUKAS MISTELLIS/STEFAN KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Haia/Londres/Boston, 2003, p. 782, *apud* DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem de Investimento: a Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2011, 3, p. 755, nota 8).

Este risco só será totalmente eliminado caso as convenções de arbitragem administrativa, designadamente as internacionais, assegurem que a arbitragem é realizada em Moçambique e em língua portuguesa, nos termos genericamente exigidos pelo disposto artigo 112.º n.º 2 do Regulamento da Contratação Pública de 2016 e do anterior artigo 45.º n.º 2 do Regulamento da Contratação Pública de 2010.

## **h) Considerações finais sobre regras aplicáveis ao processo arbitral administrativo**

As nossas últimas considerações recaem sobre um breve enquadramento do processo arbitral administrativo, tal como configurado na LPAC 2014. O artigo 214.º n.º 1 desta lei dá liberdade às partes para definirem na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, até à aceitação do primeiro árbitro, as regras do processo a observar na arbitragem, bem como o lugar onde funciona o tribunal arbitral. Se as partes não chegarem a acordo sobre estas regras, cabe ao tribunal arbitral defini-las por escrito, observando os princípios fundamentais do processo previstos no subseqüente artigo 215.º. Quanto ao mais, a LPAC 2014 contém regras sobre encargos do processo arbitral (artigo 205.º), constituição e presidência do tribunal, designação dos árbitros, incluindo impedimentos, escusas, recusas e substituição (artigos 206.º a 212.º), determinação do objeto do litígio (213.º), representação das partes e provas admissíveis (216.º e 217.º).

O recurso ao tribunal arbitral exclui o recurso a outros tribunais estaduais que, quando solicitados na pendência de um processo arbitral, se devem declarar incompetentes, salvo quanto ao conhecimento de recursos da sentença arbitral e à adoção de medidas cautelares, como *infra* se detalha.

A preterição do tribunal arbitral necessário ou voluntário constitui uma exceção dilatória, que obsta a que o tribunal administrativo conheça do mérito da causa e dá lugar à absolvição da instância (cfr. artigo 494.º n.º 1 h) do Código de Processo Civil moçambicano aplicável *ex vi* do artigo 2.º da LPAC 2014). Porém, tal exceção carece de ser alegada pelas partes, dado não ser de conhecimento oficioso (cfr. artigo 495.º do Código de Processo Civil moçambicano aplicável *ex vi* do artigo 2.º da LPAC 2014). Por sua vez, o compromisso arbitral alcançado entre as partes em qualquer estado do processo constitui uma causa de extinção da instância do recurso de anula-

ção e das ações (cfr. artigo 97.º da LPAC aplicável ao contencioso das ações *ex vi* do artigo 113.º LPAC 2014).

Quanto à adoção de medidas cautelares, nos termos do artigo 203.º n.º 7 da LPAC 2014, tal como do artigo 12.º n.º 4 da LAV, as partes podem requerer ao Tribunal Administrativo a suspensão de eficácia de atos administrativos (132.º e seguintes), bem como a adoção de providências cautelares não especificadas (artigos 154.º a 156.º). Acrescidamente, podem requerer a “*efetivação de meios processuais acessórios*” previstos no Capítulo VI da LPAC 2014, como a intimação a órgão administrativo, a particular ou a concessionário, para adotar ou abster-se de determinada conduta (artigos 144.º e seguintes) e a produção antecipada de prova (artigos 150.º e seguintes).

A força de caso julgado e a força executiva da sentença arbitral administrativa não dependem do respetivo depósito (cfr. artigo 224.º da LPAC 2014, que derroga o disposto no artigo 43.º da LAV) mas sim do decurso do prazo para interposição de recurso de anulação, que é de trinta dias a contar da respetiva notificação (artigo 226.º n.º 2 LPAC 2014). Após esse prazo, a sentença arbitral transita em julgado e constitui título executivo. Não obstante, a lei estipula um dever de depósito do original da sentença arbitral na Secretaria do Tribunal Administrativo (artigo 222.º n.º 2 da LPAC 2014, que derroga a norma geral do artigo 42.º da LAV).

Como referido *supra*, a sentença arbitral (só) pode ser anulada pelo (Supremo) Tribunal Administrativo, com base em fundamentos restritos, previstos no artigo 225.º da LPAC 2014. Porém, a LPAC prevê que no caso de o recurso de anulação ser procedente, a Primeira Secção do Tribunal Administrativo não se limita a anular a sentença arbitral recorrida, mas estatui sobre o mérito da causa “*nos limites da missão do tribunal arbitral*”. O recurso de anulação assim configurado constitui uma garantia legal irrenunciável, dotada de efeitos suspensivos da sentença arbitral (cfr. artigo 226.º da LPAC 2014). Deste modo, o recurso de anulação, apesar de ser uma via de acesso limitado, acaba por atribuir ao Tribunal Administrativo poderes substitutivos do tribunal arbitral no julgamento do mérito da causa. Esta constitui uma especificidade muito impactante da arbitragem administrativa em relação ao regime geral da arbitragem previsto na LAV. Efetivamente, a singela disposição prevista no n.º 4 do artigo 226.º da LPAC contorna, para não dizer inviabiliza, os propósitos que levam o Estado e os seus parceiros privados a celebrar convenções de arbitragem administrativa: obter pela via arbitral julgamentos finais sobre o mérito da causa com celeridade, flexibilidade e especialização.

Eis aqui, a nosso ver, uma opção legal que, a par de outras acima expostos, merece ser devidamente reavaliada face ao efeito desincentivador da arbitragem administrativa e às consequências nefastas para o interesse público que tal desincentivo acarreta no quadro de um país que depende da confiança dos investidores estrangeiros.

No final destas linhas, esperamos ter contribuído para o aprofundamento de um debate que tem, nas dúvidas e nas contradições das opções legais assumidas, um campo fértil para convocar a atenção de académicos, juristas e legisladores moçambicanos.

# Arbitragem e propriedade industrial

## **MANUEL DURÃES ROCHA**

*Pós-Graduado em Propriedade Intelectual, Faculdade de Direito da Universidade de Estrasburgo*

*Sócio da Abreu Advogados*

## **ANA PANÃO**

*Pós-Graduada em Direito do Trabalho, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Pós-Graduada em Direito de Autor e da Sociedade da Informação, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Associação Portuguesa de Direito Intelectual*

*Advogada Associada da Abreu Advogados*

1. A arbitragem na propriedade industrial constitui um meio alternativo de resolução de litígios relativamente recente. Na verdade, nem o Código da Propriedade Industrial de 1940 aprovado pelo Decreto n.º 30679, de 24 de agosto de 1940, nem o Código da Propriedade Industrial de 1995, que foi aprovado pelo DL n.º 16/95 de 24 de janeiro, continham menções à arbitragem como uma forma de resolução de litígios neste domínio. Foi só com o atual Código da Propriedade Industrial de 2003, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março, e alterado pela Lei n.º 16/2008, de 1 de abril, que a arbitragem foi expressamente instituída como um meio de resolução de litígios no domínio das marcas, das patentes, dos desenhos e modelos e de outros direitos de propriedade industrial.

É nos artigos 48.º e seguintes desse código que se encontra prevista a arbitragem voluntária como modo de resolução de litígios, ainda que circunscrita aos recursos dos atos do INPI e mediante compromisso arbitral. Os processos de arbitragem voluntária decorrem nos termos da lei da arbitragem voluntária. Em particular, e como será exposto mais em diante, é no domínio dos litígios relativos a patentes que protegem compostos farmacêuticos, ou que protegem processos de fabrico de compostos farmacêuticos, ou protegem as formulações ou dosagens de medicamentos que a influência da arbitragem se faz sentir como forma de resolução de litígios, neste caso, um regime de arbitragem necessária que foi instituído pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro.

Neste domínio importa ainda fazer referência à criação do *Arbitrare – Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial* em 2009, que constitui um centro institucionalizado de arbitragem em sede de propriedade industrial, com competência para dirimir litígios em matérias de propriedade industrial, nomes de domínio PT, firmas e denominações sociais e ainda os litígios emergentes de conflitos entre direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos no âmbito da Lei n.º 62/2011, sujeitos a arbitragem necessária. O *Arbitrare* teve e tem um papel importante na divulgação e utilização da arbitragem como meio de resolução de litígios nesta área, mas a sua popularidade não é evidente entre os potenciais interessados.

Não obstante o exposto relativamente à inexistência de previsão legal expressa sobre arbitragem na legislação de propriedade industrial anterior a 2003, isso não quer dizer que não tenham existido casos de arbitragem voluntária no quadro da Lei n.º 31/86, de 24 de agosto, que estava então em vigor, relacionados com direitos de propriedade industrial. O facto de a arbitragem ser, em regra, confidencial, impede a divulgação, o conhecimento e a análise desses casos.

As convenções internacionais relativas a propriedade industrial, assim como as diretivas e os regulamentos europeus relativos a propriedade industrial, também não contêm menções expressas à arbitragem como meio de resolução alternativa de litígios neste domínio.

É apenas no final do ano de 2011 que a interação entre a propriedade industrial e a arbitragem fica muito mais evidente, com forte influência nos litígios, grande controvérsia doutrinal e jurisprudencial e um aumento exponencial dos litígios resolvidos por arbitragem. Em 12 de Dezembro desse

ano é publicada a Lei n.º 62/2011, que consagra um regime de arbitragem necessária para a resolução de litígios emergentes de conflitos entre direitos de propriedade industrial, quando estejam em causa medicamentos de referência protegidos por patente ou por certificado complementar de proteção (CCP) e medicamentos genéricos. Ainda assim essa lei tem um objeto de aplicação limitado a determinado tipo de patentes de invenção e certificados complementares de proteção, não sendo uma lei de arbitragem universal em sede de propriedade industrial, designadamente em patentes de invenção. Isto é, todos os demais litígios emergentes de patentes com objeto diferente das patentes a que essa lei se dirige e mesmo as questões relativas à validade/invalidade desse tipo de patentes, ficam fora deste novo regime de arbitragem necessária. Para as outras patentes e mesmo para a questão da validade das patentes farmacêuticas, mantém-se a competência dos tribunais judiciais para dirimir os litígios delas emergentes, *in casu* o Tribunal da Propriedade Intelectual, que está sediado em Lisboa.

2. O regime da arbitragem necessária imposto pela Lei n.º 62/2011 tem suscitado inúmeras questões que têm levado a amplos debates doutrinários e jurisprudenciais, entre as quais destacamos, como uma das mais controversas, a de saber se é possível o requerente da Autorização de Introdução no Mercado (AIM) e Demandado na ação arbitral invocar, a título de meio de defesa – ou seja, como exceção perentória –, a nulidade do direito de patente (ou do certificado complementar de proteção), ficando a eficácia da decisão confinada ao processo em causa.

Na verdade, é frequente que o requerente da AIM sustente, em sede de defesa numa ação arbitral iniciada no âmbito da Lei n.º 62/2011, que a patente é nula, normalmente com o fundamento de que a mesma carece de novidade (ou seja, que a invenção está já compreendida no estado da técnica) e/ou de atividade inventiva (ou seja, que a invenção resulta evidente do estado da técnica para um perito na especialidade).

Esta questão surge, basicamente, porque o Código da Propriedade Industrial prevê que a declaração de nulidade ou a anulação de uma patente e de um CCP só pode resultar de decisão judicial. Em face desta disposição, é pacificamente aceite que o tribunal arbitral não tem competência para conhecer de pedido reconvenicional de declaração de nulidade de uma patente com efeito *erga omnes*, estando esta competência reservada aos tribunais judiciais (mais concretamente, ao Tribunal da Propriedade Intelectual).

A controvérsia circunscreve-se, assim, à possibilidade de a validade de uma patente ou de um CCP ser questionada a título de estrito meio de defesa, ou seja, como exceção perentória, para obstar à procedência do pedido, ficando a eficácia da decisão confinada ao processo em causa, ou seja, produzindo efeitos meramente inter partes.

A maioria dos tribunais arbitrais que se têm formado para dirimir litígios no âmbito desta lei, tem entendido que carece de competência para apreciar a nulidade da patente ou do CCP nestas condições, apesar de existirem entendimentos em sentido diverso, mesmo dentro do próprio tribunal, sendo frequente encontrar votos de vencido relativamente a esta questão.

O Tribunal da Relação de Lisboa também já proferiu acórdãos nos dois sentidos possíveis, isto é, ser possível ao tribunal arbitral declarar apenas com efeito inter partes a invalidade do direito de patente e de CCP ou não ser possível essa declaração porque ela cabe apenas aos tribunais judiciais. Contudo e analisada a jurisprudência desse tribunal sobre esta questão, podemos afirmar a existência de uma tendência maioritária para o entendimento de que o tribunal arbitral carece de competência para apreciar a invalidade da patente, mesmo que a título de exceção.

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) seguiu também este entendimento no Acórdão de Revista proferido em 14 de dezembro de 2016<sup>1</sup>. Através deste aresto o STJ veio estabelecer jurisprudência no sentido de que a questão da

<sup>1</sup> Sumário: “I. **O tribunal arbitral necessário previsto na Lei 62/2011 é incompetente para apreciar, ainda que por via da dedução de mera exceção peremptória, cujos efeitos ficariam circunscritos ao processo, a questão da nulidade da patente do medicamento em causa, por tal matéria estar reservada à competência exclusiva do TPI.** II. **A inviabilidade de o R. suscitar incidentalmente, naquele processo, a exceção peremptória de nulidade do direito patenteado configura-se como proporcional e adequada, radicando, em última análise, na natureza da relação controvertida, no carácter constitutivo do acto de reconhecimento dos direitos de propriedade industrial e nas razões de interesse público e de congruência do sistema que levaram a reservar o conhecimento de tais vícios apenas ao TPI – não implicando, consequentemente, neste caso, o desvio à regra constante do n.º 1 do art. 91.º do CPC qualquer violação do direito de defesa, da regra do contraditório ou do princípio do processo equitativo.** III. **A necessidade de desencadear, pelo interessado que despoletou o pedido de AIM do medicamento genérico e pretenda questionar a validade da patente, há muito registada, que obsta à pretendida introdução no mercado, da pertinente acção de nulidade da patente, conjugada com a possibilidade de requerer e obter a suspensão da instância arbitral até que tal acção seja julgada, constituem meios procedimentais – alternativos à dedução perante o tribunal arbitral da excepção de nulidade da dita patente – que não envolvem onerosidade excessiva para o interessado e permitem satisfazer, em termos adequados, o seu direito a questionar a validade**

invalidade dos direitos de propriedade industrial deve ser discutida exclusivamente perante o Tribunal da Propriedade Intelectual e não conhecida, a título de exceção perentória, perante os tribunais arbitrais.

Este entendimento do STJ teve ainda como fundamento a possibilidade que está aberta ao tribunal arbitral de poder suspender a instância até que seja proferida uma decisão sobre a validade ou a invalidade da patente pelo Tribunal da Propriedade Intelectual. Esse tipo de decisão já havia sido tomado por alguns tribunais arbitrais, embora outros tribunais arbitrais hajam recusado a suspensão da instância para análise desta questão pelos tribunais judiciais, com o argumento de que o tempo provável de duração dessa suspensão não é compaginável com a celeridade e eficácia da ação arbitral.

O Supremo entendeu que a necessidade de propor junto do Tribunal da Propriedade Intelectual uma ação destinada a obter uma sentença sobre a invalidade da patente, aliada à possibilidade de requerer a suspensão da instância arbitral até que seja proferida decisão em sede judicial, constituem meios procedimentais que não se traduzem num ónus excessivo ou desproporcionado para o requerente da AIM.

O Tribunal Constitucional (TC) veio também pronunciar-se sobre esta questão pelo Acórdão n.º 251/2017, proferido em 24 de Maio de 2017<sup>2</sup>, e,

*da patente que obsta à comercialização por ele pretendida – o que naturalmente afasta a violação do preceituado no art. 20.º da Lei Fundamental.*” (sublinhado e negrito nossos).

<sup>2</sup> Os excertos relevantes: “**O demandado fica, assim, colocado numa situação em que não pode controverter a validade da patente por via incidental na arbitragem, não lhe sendo permitido invocar a exceção da sua nulidade.** Isso não significa, porém, que seja impedido de defender o seu direito de comercializar um medicamento genérico contra um medicamento de referência protegido por uma patente inválida. Simplesmente terá o ónus de o fazer na ação própria (nos termos do artigo 35.º do CPI), com intervenção de todos os interessados nessa lide e perante o tribunal materialmente competente (o TPI).

*Decorre do que se expôs que do regime processual assim delineado não resulta uma privação absoluta de meios processuais idóneos para fazer valer em juízo o direito ou interesse do requerente da AIM.*

*A questão é saber, no entanto, se a imposição do recurso à ação de declaração de nulidade ou anulação da patente junto do TPI constitui meio eficaz para obter tutela da posição do demandado face a uma patente inválida ou se corporiza um ónus excessivo, o que implica averiguar da articulação entre os dois processos. (...)”*

*“Embora se compreendam as preocupações que levam à imposição de apenas uma via processual e um tribunal no âmbito do conhecimento da invalidade das patentes, o sistema montado para prosseguir este fim é suscetível de ter como consequência, por vezes, uma ablação total do direito de defesa ou, noutras vezes, uma significativa compressão. Inexiste a demonstração cabal de que a pos-*

diversamente, veio julgar inconstitucional a interpretação da norma da Lei n.º 62/2011 no sentido de que a parte não se pode defender, por exceção, mediante invocação da invalidade da patente, com mero efeito *inter partes*. Neste Acórdão, o TC considerou que o ónus imposto ao requerente da AIM de propor uma ação de declaração de nulidade ou de anulação da patente prejudica de modo desproporcionado o direito à defesa do requerente da AIM no processo arbitral.

Esta decisão foi sustentada no argumento de que a propositura da ação de invalidade dificilmente terá, em face da duração habitual dos litígios judiciais, influência sobre o processo arbitral, sendo improvável que a decisão do Tribunal judicial transite em julgado antes do trânsito da decisão arbitral. O TC também entendeu que, apesar de o requerente da AIM poder pedir a suspensão da instância arbitral, o decretamento dessa suspensão não pode ser dado como garantido, uma vez que, dependendo a decisão de suspensão de requisitos positivos e negativos, só diante das circunstâncias específicas de cada caso é que o tribunal poderá aferir se a instância arbitral deverá ser suspensa. E, caso a suspensão da instância arbitral não seja decretada e o Tribunal da Propriedade Intelectual vier a declarar a nulidade da patente, os efeitos já produzidos pela sentença arbitral manter-se-ão, apesar de fundados numa patente inválida. Isto porque, nos termos do Código da Propriedade Industrial, a eficácia retroativa da declaração de nulidade não prejudica os efeitos produzidos em cumprimento de sentença arbitral.

Esta decisão não tem força obrigatória geral, pelo que iremos ver em que sentido os tribunais arbitrais se irão pronunciar nos litígios subsequentes a esse acórdão, sendo expectável que passem a apreciar a questão da invalidade do direito de propriedade industrial, invocada a título de exceção.

*sibilidade de o tribunal arbitral se pronunciar sobre a validade da patente, com meros efeitos inter partes, produza danos irreversíveis ou gravosos à proteção da patente, equivalentes ao sacrifício imposto ao direito de defesa do requerente de AIM. Efetivamente, afastar esta possibilidade pode ter como consequência, ainda que apenas por vezes, impedir um agente económico de exercer a sua liberdade de iniciativa com base numa patente nula ou inválida – o que dificilmente encontra justificação. A proteção da patente, valor central no nosso ordenamento, não justifica a restrição do direito de defesa a este nível, podendo ser alcançada por outras vias. Assim, a norma objeto do presente julgamento revela-se excessiva porquanto prejudica de modo desproporcionado o direito à defesa do requerente de AIM. Termos em que deve ser julgada inconstitucional por violação do princípio da proibição de indefesa (artigo 20.º da Constituição em conjugação com o seu 18.º, n.º 2).”* (sublinhado e negrito nossos).

Após esta decisão relevante do TC, o Tribunal da Relação de Lisboa já veio pronunciar-se neste sentido no Acórdão proferido em 19 de Setembro de 2017<sup>3</sup> – referindo expressamente perfilhar a fundamentação e decisão expressa no Acórdão do TC –, tendo decidido que o tribunal arbitral é competente para apreciar e decidir a matéria invocada pela demandada com vista à declaração de invalidade da patente e do Certificado Complementar de Protecção.

3. Outra questão que tem sido várias vezes suscitada no âmbito dos processos de arbitragem necessária que são iniciados ao abrigo da Lei n.º 62/2011 é a de saber se o prazo de 30 dias para iniciar a ação arbitral que está fixado nessa lei, é um prazo de caducidade. Esta questão está relacionada com a sua articulação com o prazo de duração da patente, que é de 20 anos contados da data do respetivo pedido de registo. A discussão surgiu em torno de saber e decidir se o prazo previsto pela Lei n.º 62/2011 para iniciar a arbitragem poderia traduzir-se na diminuição temporal da tutela de um direito cujo prazo de proteção é bastante superior. Isto é, se o desrespeito desse prazo de 30 dias para ser iniciada a ação arbitral preclude o direito do titular da patente ou do CCP de defender esse direito contra infrações surgidas após o decurso desse prazo de 30 dias, mas ainda dentro do prazo de 20 anos de duração do direito de patente ou do prazo de duração do CCP.

Alguns tribunais arbitrais, não sem surpresa, decidiram no sentido de que o decurso desse prazo de 30 dias para iniciar a ação arbitral afasta o direito do titular da patente ou do CCP, quer em absoluto, quer apenas em relação a certo requerente da AIM de defender o seu direito. Essas decisões arbitrais acabaram por estabelecer uma nova forma de tornar ineficaz o exercício de um direito constituído e em vigor. Nesta última hipótese, o titular da patente ou do CCP que não desencadeasse a ação arbitral contra o requerente da AIM no prazo de 30 dias fixado na Lei n.º 62/2001, deixa-

<sup>3</sup> O excerto que interessa: “*Se o legislador ordinário impõe o recurso ao tribunal arbitral necessário para a defesa deste tipo de direitos de propriedade industrial, então terá, nessa mesma sede, que conceder ao demandado o direito efectivo a uma defesa ampla completa e incondicionada, sem limitações ou restrições que não sejam impostas pela necessidade de afirmação ou salvaguarda de outros valores de importância ou dimensão equivalente, sendo certo que os efeitos da procedência desta defesa se circunscrevem, apenas e exclusivamente, ao litígio que em as partes são intervententes – vinculando só estas –, sem quaisquer ilações ou consequências no plano geral e abstracto.*”

ria de poder invocar o seu direito de propriedade industrial contra o requerente da AIM, quer em sede arbitral, quer em sede judicial.

O TC também teve a oportunidade de se pronunciar sobre esta questão pelo Acórdão n.º 123/2015, proferido em 12 de fevereiro de 2015. Nesse acórdão julgou inconstitucional a dimensão normativa do artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2011, conjugado com o artigo 2.º da mesma lei, segundo a qual o titular de direitos de propriedade industrial deixa de poder fazer valer os seus direitos contra o requerente da AIM, mesmo que aqueles sejam infringidos<sup>4</sup>.

Daqui decorre que, caso o titular dos direitos de propriedade industrial não tiver iniciado a ação arbitral no prazo previsto no artigo 3.º, n.º 1, não fica, contudo, impedido de fazer o *enforcement* dos seus direitos se estes forem infringidos ou se houver ameaça iminente dessa violação, os quais podem ser invocados em sede arbitral ou judicial. Ou seja, se o titular dos direitos de propriedade industrial não recorrer à ação arbitral prevista na Lei n.º 62/2011 no prazo ali previsto, fica apenas impedido de recorrer àquela ação, porque o direito de recorrer a esta via “especial”<sup>5</sup> caduca, mas não fica impedido de recorrer a uma ação de infração (judicial ou arbitral) enquanto os seus direitos estiverem em vigor para obter a proteção judicial para os mesmos contra a sua infração por terceiros.

Esta questão já havia sido aflorada pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 2/2013, proferido em 9 de janeiro de 2013, que, a propósito

<sup>4</sup> V. EVARISTO MENDES, “Arbitragem necessária. Invalidez de patente, direito a uma tutela jurisdicional efetiva e questões conexas. Nota de jurisprudência”, consultável in <http://www.evaristomendes.eu/ficheiros/>: “(...) **torna-se necessário distinguir as ações de infração – com os respetivos procedimentos cautelares – da ação especial regulada no art. 3.º, que não pressupõe tal infração, atual ou iminente, destinando-se a correr em paralelo com o procedimento administrativo de concessão da AIM que lhe está na base e a justifica, que se encontra concebida para terminar num prazo curto, apresenta um processo simplificado e penas uma instância de recurso, etc. A arbitragem é necessária para todas elas (art. 2.º). Mas não é, naturalmente, obrigatória: o titular dos direitos pode optar por propor ou não esta ação e por reagir ou não contra eventual infração, atual ou iminente. E, neste caso, a caducidade circunscreve-se ao direito de propor essa ação especial.**” (sublinhado e negrito nossos).

<sup>5</sup> Vejamos a parte relevante: “(...) Acresce a necessidade de obtenção da informação relevante para efeitos da ponderação do próprio recurso à justiça arbitral, sendo esta necessária, mas não obrigatória. Isto, porquanto a defesa em sede arbitral ou noutra de direitos de propriedade industrial será justificada quando se pretenda fazer valer o direito de exclusivo da exploração económica do produto ou processo patenteado em face da introdução no mercado de medicamentos genéricos, o que, admita-se, não se verificará em todas as situações.”

de outro aspeto da Lei n.º 62/2011, refere, em sede fundamentação, que a arbitragem prevista por este diploma é *necessária*, mas não *obrigatória*. Esta, concordamos, é a posição correta e que defende os direitos de propriedade industrial contra a sua infração, por todo o tempo da sua vigência.

No entanto, apesar destas decisões do Tribunal Constitucional, observa-se que os titulares de direitos de propriedade industrial têm continuado, por questões de cautela, a recorrer à ação arbitral prevista na Lei n.º 62/2011, considerando que, sendo a AIM concedida, existirá um maior risco de comercialização do medicamento com a substância protegida.

Inversamente, os requerentes de AIMs e demandados neste tipo de ações arbitrais têm vindo a suscitar a questão da legitimidade para iniciar a ação arbitral nos casos em que não existe uma infração atual ou iminente dos direitos de propriedade industrial.

Neste quadro, parte da doutrina e da jurisprudência tem entendido que, na medida em que a mera apresentação do pedido de AIM, por si só, não é geradora de violação ou ameaça de violação do direito de propriedade industrial, não existe interesse em agir da parte do titular desse direito quando este peticione a abstenção dessa violação com fundamento apenas na apresentação do pedido de AIM.

Quer isto significar, que nas situações em que o requerente da AIM se limita a realizar esse pedido, sendo este “desacompanhado” de qualquer ato indiciador da violação de um direito de propriedade industrial – ou, pelo contrário, acompanhado da declaração do requerente de que este não pretende comercializar o medicamento com a substância protegida, como se verifica em vários casos – não se verifica o pressuposto processual do interesse em agir.

4. Não sendo possível analisar todas as questões que foram sendo suscitadas no âmbito deste regime especial de composição de litígios – e tendo os últimos anos sido profícuos em debates doutrinários e jurisprudenciais sobre a aplicação da Lei n.º 62/2011 –, assinalamos ainda que tem sido discutida a possibilidade de condenação do titular da AIM a não transmitir a terceiros as AIMs relativas a medicamentos genéricos. Verifica-se que existe praticamente um consenso atual no sentido de que essa proibição não deve existir, sendo um direito legalmente previsto no Estatuto do Medicamento. Os tribunais têm, assim, considerado que esse ato não constitui uma atuação configurada pelo legislador como violadora do exclusivo concedido

pela patente, aliado ao entendimento de que a decisão condenatória proferida na ação arbitral quanto ao titular da AIM impor-se-á igualmente ao transmissário dessa Autorização, constituindo também caso julgado material quanto a este.

5. Os tribunais arbitrais e os tribunais superiores têm também discutido a competência do tribunal arbitral para a fixação de uma sanção pecuniária compulsória e os pressupostos para essa fixação. A primeira questão é praticamente pacífica no sentido de que não há razões para recusar aos tribunais arbitrais a competência para aplicar a sanção pecuniária compulsória ao demandado. No que diz respeito aos pressupostos, e apesar de o Código Civil não excluir uma interpretação que permita essa aplicação nos casos em que o devedor é condenado no cumprimento de uma prestação de facto infungível, alguns tribunais – em particular, o Tribunal da Relação de Lisboa –, têm entendido que essa sanção não deve ser aplicada de forma automática, mas apenas nos casos em que o titular dos direitos de propriedade industrial demonstre e prove que existe uma violação atual ou iminente dos seus direitos.

6. Outras questões que têm sido larga e profusamente discutidas nestas ações arbitrais, têm sido a independência e isenção dos árbitros assim como os respetivos honorários, tendo o Tribunal da Relação de Lisboa sido chamado a pronunciar-se sobre elas em diversas ocasiões. Nos domínios da independência e da isenção dos árbitros, têm merecido relevo as regras de arbitragem da IBA (*International Bar Association*) como linhas orientadoras da discussão e das decisões.

O contributo da arbitragem necessária tem sido relevante no quadro da interação entre a arbitragem e a propriedade industrial, sendo esperado que a próxima revisão do Código da Propriedade Industrial, que se espera acontecer ainda em 2018, traga algumas alterações importantes nesta matéria. A nosso ver, a modificação mais importante e decisiva seria o fim do regime de arbitragem necessária imposto pela Lei n.º 62/2011, passando a ter esse regime a natureza de arbitragem voluntária.

# Concorrência na arbitragem e arbitragem na concorrência

## INÊS SEQUEIRA MENDES

*Mestre em Direito Europeu da Concorrência (Master of Arts) e Pós-Graduada em Direito Comunitário da Concorrência, Faculdade de Direito do King's College London. Pós-Graduada em Direito da Concorrência e da Regulação, Instituto de Direito Económico e Fiscal, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*  
*Sócia da Abreu Advogados*

## SÍLVIA BESSA VENDA

*Mestre em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*  
*Investigadora do Católica Research Centre for the Future of Law*  
*Advogada da Abreu Advogados*

**RESUMO:** A qualificação da arbitragem e da concorrência como duas *artes negras*, feita por JAMES BRIDGEMAN<sup>1</sup>, tem ecoado nos últimos anos pela doutrina. A verdade é que o reconhecimento da arbitrabilidade da concorrência, pelo Tribunal de Justiça<sup>2</sup>, remonta a 1999 e, como pretendemos demonstrar com o presente artigo, a realidade hoje é bem menos *negra*. Neste sentido, parti-

<sup>1</sup> In *The Arbitrability of Competition Law Disputes*, *European Business Law Review*, 19, 2008 Issue 1, p. 147.

<sup>2</sup> Doravante, “TJ”.

mos da análise da aplicação das regras *antritrust*, nas formas pública e privada, pelos Tribunais Arbitrais, para depois nos debruçarmos sobre as cláusulas compromissórias celebradas no âmbito da aprovação de operações de concentração pela Comissão Europeia<sup>3</sup> e pelas Autoridades Nacionais da Concorrência<sup>4</sup>. Para o efeito, abordaremos os últimos desenvolvimentos nestas matérias, quer ao nível da União Europeia, quer no plano nacional, e algumas das questões que permanecem por resolver.

## I. Arbitrabilidade e tutela da concorrência

As finalidades de natureza pública subjacentes às regras da concorrência, do bom funcionamento do mercado e da proteção dos consumidores<sup>5</sup>, poderiam, em abstrato, ser incompatíveis<sup>6</sup> com os critérios da *patrimonialidade* e *transigibilidade*<sup>7</sup> da Arbitragem Voluntária<sup>8</sup>. Não obstante, desde a década de 80 que a arbitrabilidade das questões da concorrência vem sendo aceite pelas jurisdições nacionais<sup>9</sup> e, em 1999, no Ac. *Eco Swiss*<sup>10</sup>, o TJ reconheceu<sup>11</sup> a arbitragem, ainda que de forma indireta<sup>12</sup>, como um meio de

<sup>3</sup> Doravante, “CE”.

<sup>4</sup> Doravante, “ANC”.

<sup>5</sup> Nas palavras de SOFIA OLIVEIRA PAIS, de “garantir que o processo de concorrência seja livre e leal por forma a que as práticas empresariais no mercado (realizadas em benefício dos consumidores) sejam socialmente aceites”, in *Entre Inovação e Concorrência – Em Defesa de um Modelo Europeu*, Universidade Católica Editora, 2011, p. 196.

<sup>6</sup> Vide LAURENCE IDOT, *Arbitration, European Competition Law and Public Order*, *Revista de Concorrência e Regulação* Ano IV, n.º 13 – jan/mar 2013, p. 196.

<sup>7</sup> Vide anotação ao art. 1.º da Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro (adiante, “LAV”), de DÁRIO MOURA VICENTE, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.ª Edição, Almedina e Associação Portuguesa de Arbitragem, 2017, p. 30.

<sup>8</sup> Aquela que nos propomos tratar, daqui por diante.

<sup>9</sup> Vide ASSIMAKIS KOMINOS, *Arbitration and EU Competition Law*, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, n.ºs 11 e 12 – jul/dez 2012, p. 257.

<sup>10</sup> Ac. do TJ, de 01.06.1999, Proc. C-126/97.

<sup>11</sup> Vide CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts*, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011, p. 16.

<sup>12</sup> Vide JAKOB B SØRENSEN e KRISTIAN TORP, *The Second Look in European Union Competition Law: A Scandinavian Perspective*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 34, 2017, p. 37.

resolução alternativa de litígios concorrenciais e de cumprimento do princípio da efetividade do Direito da Concorrência da União Europeia<sup>13</sup>.

Com efeito, as regras da concorrência, designadamente<sup>14</sup> os arts. 101.º e 102.º<sup>15</sup> do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>16</sup>, geram, na esfera jurídica dos particulares, direitos e obrigações<sup>17</sup>. De acordo com estas disposições, são incompatíveis com o mercado interno e proibidos os acordos (*latu sensu*) restritivos da concorrência e os abusos de posição dominante. Estas regras têm efeito direto, ou seja, podem ser invocadas diretamente pelos particulares, em litígios nacionais, quer contra o Estado (efeito direto vertical), quer contra outros particulares (efeito direto horizontal)<sup>18</sup>. É certo que o Regulamento (CE) n.º 1/2003<sup>19</sup> apenas atribui expressamente competência<sup>20</sup> para aplicar<sup>21</sup> aqueles artigos à CE, às ANC e aos Tribunais Nacionais mas, ainda que não aceitemos a equiparação do Tribunal Arbitral a estes últimos<sup>22</sup>, o TJ, ao afirmar no Ac. *Eco Swiss* que os Tribunais Nacionais, no âmbito do controlo jurisdicional da decisão arbitral, devem proceder à sua anulação se a considerarem contrária às regras *antitrust*, declarou a obrigação dos árbitros de aplicarem aquelas normas: o “artigo 81.º [atual 101.º] CE pode ser considerado uma disposição de ordem pública”<sup>23</sup>.

Bem sabemos que o Ac. *Eco Swiss* fez depender a anulação de uma sentença arbitral por parte de um Tribunal Nacional, com o fundamento na

<sup>13</sup> Adiante, “DCUE”.

<sup>14</sup> Mas não só, estas regras englobam, ainda, o controlo das operações de concentração de empresas (como veremos) e dos auxílios de estado.

<sup>15</sup> Espelhados, em Portugal, nos arts. 9.º a 11.º do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante, “RJC”).

<sup>16</sup> Doravante, “TFUE”.

<sup>17</sup> Com efeito (cfr. *infra* referido) e aplicabilidade diretos, *i.e.*, não necessitam de ser transpostos para os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros. Vide Acs. *Van Gend en Loos* e *Defrenne*. Vide, ainda, JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, ps. 359 e ss..

<sup>18</sup> Vide MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 7.ª Edição, Almedina, 2014, p. 348.

<sup>19</sup> Do Conselho, de 16.12.2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado.

<sup>20</sup> Vide WOUTER PJ WILS, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hard Publishing, 2008, p. 1.

<sup>21</sup> No âmbito de litígios não exclusivamente internos.

<sup>22</sup> Vide LAURENCE IDOT, *Ob. Cit.*, p. 196.

<sup>23</sup> Pt. 39.

violação das regras da concorrência, da condição daquele dever, segundo a legislação interna, “deferir um pedido de anulação baseado na violação de normas nacionais de ordem pública”<sup>24</sup>. Este último fundamento de anulação encontra-se previsto no ordenamento jurídico português, no art. 46.º n.º 3 al. b) subal. ii) da LAV e é de conhecimento oficioso do tribunal, tal como a não arbitrabilidade<sup>25</sup>. A definição do conceito de ordem pública, empregue pelo TJ, tem motivado uma intensa discussão. A doutrina tem distinguido entre ordem pública *interna* e *internacional*. A primeira prende-se com os princípios fundamentais de um determinado ordenamento jurídico nacional, enquanto que a segunda é menos ampla, nela residindo os valores nucleares e comuns a todos os Estados<sup>26</sup>. Como afirma LAURENCE IDOT, apesar de alguns Estados distinguirem entre o controlo da arbitragem nacional, à qual aplicam o critério da ordem pública *interna*, e o controlo da arbitragem internacional, que se deve reger pelo conceito internacional<sup>27</sup>, Portugal optou por estabelecer o critério único da “ordem pública internacional do Estado português”. Na verdade, em face da oposição da Associação Portuguesa de Arbitragem<sup>28</sup> à introdução, na LAV, da violação da ordem pública como fundamento de anulação de uma sentença arbitral, o legislador nacional acabou por aplicar um conceito mais restrito<sup>29</sup>, relevando apenas como fundamento do pedido de anulação os princípios comuns<sup>30</sup> às ordens públicas portuguesa e internacional<sup>31</sup>. Segundo a APA, um conceito indeterminado como o em apreço, para além de não encontrar paralelo na LAV anterior<sup>32</sup>, faria com que os Tribunais Nacionais entrassem na questão de fundo do litígio, como se de um recurso se tratasse. Para que tal não viesse a suceder, ficou estabelecido no art. 46.º n.º 9 da LAV o seguinte: “[o] tribunal estadual que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões por aquela decididas, devendo tais

<sup>24</sup> Pt. 41.

<sup>25</sup> Vide art. 46.º n.º 3 al. b) subal. i) da LAV.

<sup>26</sup> Vide CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Ob. Cit., ps. 45 e 46.

<sup>27</sup> Vide LAURENCE IDOT, Ob. Cit., p. 222.

<sup>28</sup> Adiante, “APA”.

<sup>29</sup> Vide ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A impugnação da Sentença Arbitral*, Coimbra Editora, 2014, p. 80.

<sup>30</sup> Vide art. 22.º do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro.

<sup>31</sup> Vide anotação ao art. 46.º da LAV, de JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, in Ob. Cit., p. 151.

<sup>32</sup> Aprovada pela Lei n.º 31/86, de 29 de agosto e revogada pela LAV atual.

questões, se alguma das partes o pretender, ser submetidas a outro tribunal arbitral para serem por este decididas”.

O Ac. *Eco Swiss* baseou-se no Ac. *Nordsee*, que considerou que um Tribunal Arbitral Voluntário<sup>33</sup> não constitui um órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros na aceção do atual art. 267.º do TFUE, não podendo, assim, submeter uma questão prejudicial à apreciação do TJ<sup>34</sup>. Desta feita, o controlo jurisdicional da sentença arbitral assume particular importância: “[t]odavia, o artigo 81.º CE constitui, em conformidade com o disposto no artigo 3.º, alínea g), do Tratado CE, uma disposição fundamental”<sup>35</sup>. Neste âmbito, uma questão que nos suscita prende-se, ainda, com aferir se os árbitros, sendo obrigados a aplicar o DCUE, também não devem, à semelhança dos Tribunais Nacionais, “tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado”<sup>36</sup>. A resposta reside, necessariamente, no preenchimento do conceito de ordem pública acima referido e ao qual voltaremos mais adiante.

## II. Particularidades da aplicação pública

Muito embora o Tribunal Arbitral não seja um órgão jurisdicional com competências regulatórias, conforme já referido, as regras da concorrência “não são sobretudo hoje em dia normas cuja aplicação *só possa ter lugar* através da acção das autoridades públicas”<sup>37</sup>. Designadamente, o art. 101.º do TFUE, no plano da União Europeia, e os arts. 9.º e 10.º do RJC, no ordenamento jurídico nacional, cuja violação configura em Portugal uma contraordenação punível com coima, também são diretamente aplicáveis às relações privadas, sobrepondo-se à vontade das partes.

Estando os processos sancionatórios reservados aos aplicadores públicos – CE, ANC e Tribunais Nacionais (neste âmbito, enquanto Tribunais de Recurso) –, a competência do árbitro limita-se, no domínio da aplicação pública do direito da concorrência, à aplicação do n.º 2 dos arts. 101.º do

<sup>33</sup> Adiante, “TAV”.

<sup>34</sup> Ac. do TJ, de 23.03.1982, Proc. 102/81, pt. 13.

<sup>35</sup> Pt. 36.

<sup>36</sup> Vide art. 16.º n.º 1 do Regulamento n.º 1/2003.

<sup>37</sup> Vide JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Nova Lei de Arbitragem Voluntária e Concorrência*, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, n.ºs 11 e 12 – jul/dez 2012, p. 199.

TFUE e 9.º do RJC, que “sancionam” expressamente de nulidade os acordos considerados proibidos em virtude das normas mencionadas no parágrafo anterior. É que, nos termos do art. 18.º n.ºs 2 e 3 da LAV, a convenção de arbitragem contida num acordo ilícito mantém-se válida, podendo a sua nulidade ser declarada num processo arbitral. O árbitro pode, ainda, com “maior flexibilidade”<sup>38</sup> promover a modificação das cláusulas ilícitas daquele acordo.

A situação mais comum será a invocação, por uma das partes, da nulidade de um acordo à luz das regras da concorrência, como defesa para o incumprimento do mesmo. O TJ admite<sup>39</sup>, ainda, que essa parte peça, com a vantagem de poder ser no mesmo processo arbitral, uma indemnização à outra parte, pelos danos causados pelo ilícito concorrencial. De facto, como veremos no ponto seguinte, a aplicação efetiva das regras da concorrência pressupõe, para além dos interesses públicos subjacentes à prevenção e à punição das suas violações, a proteção de qualquer pessoa que tenha sofrido danos causados por tais práticas ilegais, designadamente, através de pedidos de indemnização<sup>40</sup>.

### III. Aplicação privada pró-arbitragem?

Diferentemente da aplicação pública, a aplicação privada das regras *antitrust* reside nos direitos e obrigações nascidos na esfera jurídica dos particulares. Estamos, assim, perante litígios entre particulares, com vista à imputação de danos causados por práticas anti concorrenciais. Este direito dos consumidores, das empresas e das autoridades públicas à reparação dos danos causados por infrações às normas da concorrência foi afirmado, pela primeira vez, pelo TJ, no Ac. *Courage*<sup>41</sup>. Tradicionalmente, este direito vem sendo tutelado – embora, como veremos, os números contrariem o exer-

<sup>38</sup> Vide CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Ob. Cit., p. 20.

<sup>39</sup> Ac. *Courage*, do TJ, de 20.09.2001, Proc. C-453/99, pt. 28. Vide SOFIA OLIVEIRA PAIS e ANNA PISZCZ, *Package on Actions for Damages Based on Breaches of EU Competition Rules: Can One Size Fit All?*, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2014, 7(10), p. 211.

<sup>40</sup> Ac. *CDC Hydrogene Peroxide*, do Tribunal Geral (doravante, “TG”), de 15.12.2011, Proc. T-437/08, p. 77.

<sup>41</sup> Ac. do TJ, de 20.09.2001, Proc. C-453/99, pt. 26.

cício de uma tutela jurisdicional efetiva<sup>42</sup> – pelos Tribunais Nacionais, mediante a propositura de ações de indemnização.

Com efeito, a aplicação privada do direito da concorrência constitui uma das prioridades da União Europeia, muito devido ao seu escasso número de casos<sup>43</sup>. Estima-se que, anualmente, no seio da União, os danos suportados pelos lesados por infrações às normas da concorrência ascendam os 23 mil milhões de Euros<sup>44</sup>. Foi neste cenário que foi adotada a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia<sup>45</sup>. Os Estados-Membros tinham até 27 de dezembro de 2017 para a transpor para os seus ordenamentos nacionais, sendo que, em Portugal, este processo legislativo terminou apenas em 20 de abril de 2018<sup>46</sup>.

A Diretiva *Private Enforcement* dedica um capítulo à resolução amigável de litígios, reforçando o reconhecimento do seu contributo, conforme acima referido, para a realização do princípio da efetividade do Direito da União Europeia: “os infratores e os lesados deverão ser incentivados a acordar numa reparação dos danos causados pela infração ao direito da concorrência através de mecanismos de resolução amigável de litígios, como a (...) arbitragem”<sup>47</sup>. Neste seguimento, o diploma estabelece várias regras – diríamos – pró-arbitragem. Assim, no art. 18.º n.º 1 da Diretiva *Private Enforcement*, os lesados são, desde logo, incentivados a recorrer à arbitragem, antes mesmo de intentarem uma ação de indemnização, uma vez que o prazo de prescrição para pedir uma indemnização junto dos Tribunais Nacionais manter-se-á suspenso durante o processo arbitral. Ainda que o processo arbitral tenha início no decorrer da instância relativa-

<sup>42</sup> Vide arts. 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e 20.º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>43</sup> Vide LEONOR ROSSI e MIGUEL SOUSA FERRO, *Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case-law*, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, n.º 10 – abr/jun 2012, ps. 91 e 92 e SOFIA OLIVEIRA PAIS e ANNA PISZCZ, *Ob. Cit.*, p. 210.

<sup>44</sup> Vide Resumo da Avaliação de Impacto, de 11.06.2013, SWD(2013) 204 final, pt. 8. Esta avaliação acompanhou a Proposta, da CE, de adoção de Diretiva nesta matéria (COM(2013) 404 final 2013/0185).

<sup>45</sup> Doravante, “Diretiva *Private Enforcement*”.

<sup>46</sup> Vide <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=41795>.

<sup>47</sup> Cons. 48. Vide, ainda, o art. 2.º n.º 21 da Diretiva *Private Enforcement*.

mente ao pedido apresentado nesta última, o Tribunal Nacional pode, ainda, suspende-la, até dois anos, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo. Já o n.º 3 afirma expressamente a possibilidade das ANC considerarem uma indemnização paga, em cumprimento de uma sentença arbitral (anterior à decisão relativa ao processo sancionatório), como uma atenuante da coima que venha a ser aplicada. Esta última medida assume especial relevo, na medida em que favorece as *stand-alone actions*, *i.e.*, as ações de indemnização, neste caso pedidos dirigidos ao TAV, prévias à decisão do aplicador público que declare a existência de uma infração anti concorrencial<sup>48</sup>. Com efeito, o ilícito concorrencial é, pela sua natureza secreta, extremamente difícil de provar, mesmo para as ANC com todos os poderes de investigação de que dispõem<sup>49</sup>. Este quadro desincentiva os lesados a “darem o primeiro passo”. Finalmente, a Diretiva *Private Enforcement* prevê, no seu art. 19.º, que as transações amigáveis produzam efeitos nas ações de indemnização subsequentes, designadamente, derrogações ao princípio da responsabilidade solidária entre co infratores, estabelecido pela mesma (art. 11.º). É que, de acordo com esta regra, os lesados podem exigir de qualquer uma das empresas infratoras a reparação integral dos danos (que incluem danos emergentes e lucros cessantes) causados por aquelas<sup>50</sup>. Este princípio faz parte do elenco de disposições de direito substantivo da Diretiva

<sup>48</sup> Por contraposição às *follow-on actions*. Vide GIANNI DE STEFANO, *Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, *Global Competition Litigation Review*, Issue 3, 2012, p. 108.

<sup>49</sup> Prova disso mesmo é a indispensabilidade do regime de clemência para as ANC, na medida em que aqueles pedidos constituem verdadeiras confissões. Vide CAROLINE CAUFFMAN, *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*, *The Competition Law Review*, 7.º Vol., Issue 2, julho 2011, p. 183, e RICHARD WHISH e DAVID BAILAY, *Competition Law*, Oxford University Press, 2012, ps. 517 e ss. No que toca à CE, segundo WOUTER PJ WILS, as empresas infratoras são a sua melhor fonte de informação, *in Ob. Cit.*, ps. 127 e 128. Vide, ainda, CHRISTOPHER R. LESLIE, *Editorial – Antitrust Leniency Programmes*, *The Competition Law Review*, Vol. 7, Issue 2, julho 2011, p. 175 e YVES BOTTEMAN e PAUL HUGHES, *Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools*, *The European Antitrust Review*, *Global Competition Review*, 2003, p. 3, os quais também se referem ao regime de clemência como o meio de investigação primordial da CE.

<sup>50</sup> Sem prejuízo dos pedidos de direito de regresso que hajam lugar, em função da responsabilidade relativa de cada infrator, bem como, dos regimes excecionais que a norma estabelece para as Pequenas e Médias Empresas e para as beneficiárias de dispensa de coima no âmbito do regime de clemência.

*Private Enforcement*, sendo, por conseguinte, aplicável à arbitragem<sup>51</sup>. Ora, o recurso à arbitragem, neste contexto, repercute-se da seguinte forma nas ações de indemnização futuras: (i) permite que seja deduzida, na medida em que ambos tenham sido parte no processo arbitral, a parte do co infrator no pedido de indemnização do lesado; (ii) impossibilita a reclamação de pedido remanescente de indemnização ou de direito de regresso contra o co infrator parte no processo arbitral, salvo se os restantes co infratores não possam pagar e, ainda assim, tal exceção pode ser excluída pelas partes; e (iii) comporta a contabilização, pelo Tribunal Nacional, das indemnizações pagas no âmbito do processo arbitral, na determinação do montante da comparticipação que um co infrator pode exigir a qualquer outro co infrator, de acordo com a responsabilidade relativa de cada um pelos danos causados pela infração ao direito da concorrência. Nestes termos, a arbitragem é passível de desempenhar um papel determinante na concretização dos principais objetivos da Diretiva *Private Enforcement*, i.e., assegurar uma proteção efetiva a qualquer pessoa que tenha sofrido danos causados por infrações ao direito da concorrência e estabelecer um equilíbrio entre *public* e *private enforcement*<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Diferentemente, a menos que as partes acordem a sua aplicação, das normas de direito processual, como sejam as probatórias, previstas no Capítulo II da Diretiva *Private Enforcement*, sob a epígrafe “Divulgação de Elementos de Prova”. Vide MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Almedina, 2017, p. 193. Outra disposição deste tipo é a relativa ao efeito vinculativo das decisões dos aplicadores públicos, que declarem uma infração às regras da concorrência (art. 9.º). Note-se que, antes da Diretiva *Private Enforcement*, o art. 16.º do Regulamento 1/2003 já previa que os Tribunais Nacionais e as ANC (diferentemente dos Tribunais Arbitrais, uma vez que, no seguimento do acima mencionado, não constituem um órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros) não pudessem tomar decisões contrárias às decisões aprovadas pela CE sobre infrações às regras *antitrust*. Assim, não se aplicando estas regras processuais aos árbitros, impor-se-ia determinar se estamos perante questões de ordem pública, de modo a que, por exemplo, a sentença arbitral que contrarie uma decisão pública possa ser objeto de anulação com fundamento na violação das regras da concorrência, nos termos *supra* aludidos. No sentido afirmativo e considerando até que uma decisão da CE que declare uma violação *hard core* (por exemplo, a prática de um cartel) das regras da concorrência impõe um dever *de facto* de vigilância ao Tribunal Arbitral, vide ASSIMAKIS KOMINOS, Ob. Cit., ps. 272 a 274.

<sup>52</sup> Conss. 3 e 4.

#### IV. O recurso à arbitragem no controlo das concentrações

O controlo das concentrações de empresas por parte das autoridades da concorrência (CE/ANC)<sup>53</sup> visa a identificação de problemas jus-concorrenciais, que possam resultar das operações em análise, e a respetiva prevenção (quer introduzindo mecanismos que permitam eliminá-los aquando da concretização da concentração, quer proibindo as concentrações).

Trata-se de um controlo *ex ante*, que implica, necessariamente, juízos de prognose sobre os efeitos da operação, num determinado mercado, para assegurar que o funcionamento dos mercados em causa nas operações sujeitas a controlo prévio não será afetado de forma significativa pela implementação das concentrações.

Tais juízos visam, igualmente, a promoção dos interesses públicos superiores já referidos – relembre-se: a proteção da livre concorrência no mercado e a promoção do bem-estar dos consumidores. A prossecução destes interesses públicos cabe, naturalmente, às AC e não está na disponibilidade das partes privadas.

Uma vez antecipada pelas notificantes ou identificada pelas AC a existência de preocupações jusconcorrenciais numa operação de concentração, cabe, por um lado, às notificantes apresentarem as medidas corretivas que possam eliminar tais preocupações (“compromissos”) e, por outro, às AC aferir se tais medidas podem, de facto, eliminar ou mitigar a um nível aceitável as preocupações detetadas. Note-se que, em qualquer caso, os compromissos devem ser proporcionais aos problemas de concorrência detetados e permitir a sua total eliminação.

Tais compromissos podem revestir, essencialmente, dois tipos: (i) estruturais (de que são exemplo clássico as alienações); ou (ii) comportamentais (relacionados com a forma como as notificantes operam no mercado).

Uns e outros apenas poderão ser aceites se as AC puderem concluir que são, na prática, implementáveis em tempo útil e que, de facto, eliminam as preocupações jusconcorrenciais identificadas. Daqui decorre que, para serem aceites, os compromissos terão, não apenas de ser executáveis, como a sua execução terá de ser controlável pelas AC.

O controlo da execução dos compromissos não é um elemento despiendo, uma vez que implica a alocação de recursos públicos adicionais para

<sup>53</sup> Doravante, “AC”.

assegurar, quer a sua implementação, quer a aplicação de sanções em caso de incumprimento. As AC poderão recusar compromissos “invocando nomeadamente o facto de a sua aplicação não poder ser controlada de forma eficaz e que a falta de um controlo efetivo limita, ou suprime até, o efeito dos compromissos propostos”<sup>54</sup>.

Por esta razão, medidas corretivas que sejam demasiado complexas ou de difícil sindicância não serão adequadas à finalidade a que se destinam e, logo, não serão aceites para a autorização de uma concentração.

Os compromissos estruturais, como sejam as alienações, que eliminam as preocupações jusconcorrenciais de forma rápida e duradoura e sem necessidade de acompanhamento continuado a médio ou longo prazo são, em princípio, os mais visados pelas AC. Não são, no entanto, nem os únicos admissíveis, nem, tão pouco, sempre os mais adequados para eliminar os problemas detetados.

Frequentemente, em face das características dos mercados, os compromissos de carácter comportamental (por exemplo, a alteração dos modelos contratuais das notificantes, obrigações de acesso a infraestruturas ou as licenças) podem revelar-se mais proporcionais, adequados e eficazes.

Nuns e noutros, como veremos, o recurso à arbitragem pode e tem vindo a revelar-se um mecanismo válido e eficaz para superar preocupações jus-concorrenciais suscitadas pelas operações de concentração, ainda que claramente com maior relevância quanto aos compromissos comportamentais<sup>55</sup>.

Apesar de o controlo último da implementação das medidas de correção e da aplicação das sanções pelo respetivo incumprimento caber, indiscutivelmente, às AC, nem todos os atos materiais de correção têm de ser executados por estas ou sequer será esse o tipo de monitorização mais indicado para a prossecução dos objetivos públicos da promoção de um mercado concorrencial.

A execução dos compromissos passa por relações privadas e, quanto a estas, a introdução de um mecanismo célere e especializado para resolução de conflitos serve, simultaneamente, os interesses da AC e dos privados

<sup>54</sup> Parág. 14 da Comunicação da Comissão sobre medidas de correção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão (2008/C 267/01).

<sup>55</sup> Vide *OECD Hearings, Arbitration and Competition*, 2010.

envolvidos, sejam eles a empresa em posição dominante, os seus concorrentes com menor peso, os seus fornecedores ou os consumidores<sup>56</sup>.

Se pensarmos num compromisso que envolve a alienação de um ativo, venda essa normalmente feita através de um mandatário nomeado pela parte vendedora (e previamente aceite pela AC), compreende-se que poderá ser útil introduzir um mecanismo rápido de resolução de diferendos entre mandante e mandatário.

Mas se pensarmos em compromissos comportamentais, que passam, por exemplo, por assegurar que a notificante irá oferecer aos seus concorrentes/fornecedores (ou mesmo consumidores) determinadas condições contratuais ou o acesso a determinada licença ou infraestrutura, percebe-se que será um campo onde o recurso à arbitragem poderá, de facto, ser a solução mais adequada.

Nestes casos, estão normalmente em causa compromissos em benefício de terceiros, ainda desconhecidos à data em que os mesmos são assumidos, e cuja implementação terá de se conformar e adaptar às circunstâncias concretas desses terceiros, bem como, ao contexto em que venham a surgir eventuais divergências.

Ou seja, a verificação do efetivo cumprimento dos compromissos assumidos irá depender de uma análise casuística, temporalmente distante do momento da decisão de autorização e que implica dificuldades de monitorização do cumprimento acrescidas.

O recurso à arbitragem no âmbito do controlo de concentrações é acolhido, desde há muito, pela CE, que cedo reconheceu o mérito do recurso à intervenção dos Tribunais Arbitrais e das convenções de arbitragem no acompanhamento e na resolução de litígios relativos à execução de compromissos assumidos pelas partes, para viabilizar decisões de autorização de concentrações<sup>57</sup>.

Este reconhecimento é, aliás, expressamente feito na Comunicação da CE sobre as medidas de correção que podem ser aceites do âmbito do

<sup>56</sup> Neste sentido, vide MARC BLESSING, *Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues*, *Swiss Commercial Law Series*, Edit. por NEDIM PETER VOGT, Vol. 14, 2003, ps. 81 e ss..

<sup>57</sup> Sobretudo a partir de 1992, ano em que se registam várias decisões da CE em que a mesma aceitou, como compromissos, o recurso a cláusulas de arbitragem, ainda que com alcances distintos. Exemplos: *Elf/Minol*, N.º IV/M.235, de 04.09.1992; *British Airways/TAT*, N.º IV/M 259, de 27.11.1992; e *Du Pont/ICI*, N.º IV/M.214, de 30.09.1992.

controlo de concentrações<sup>58</sup>, em particular nos seus parágs. 66 e 103, que identificam o recurso a mecanismos rápidos de resolução de litígios como sendo uma medida para permitir a terceiros executarem, eles próprios, os compromissos, de uma forma célere e que pode eliminar a necessidade de um controlo da execução dos compromissos por parte das ANC, salvaguardadas que estejam a eficácia e a oportunidade das decisões, bem como, a sua aplicação efetiva, podendo mesmo o recurso a este mecanismo desempenhar um papel fulcral na aceitação dos compromissos pelas ANC<sup>59\_60</sup>.

Tal como decorre da referida Comunicação, a CE nomeará, concomitantemente com a instituição do procedimento arbitral, um administrador incumbido de controlar a execução dos compromissos, o qual poderá também participar nesses procedimentos.

<sup>58</sup> Comunicação da Comissão sobre as medidas de correção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão (2008/C 267/01).

<sup>59</sup> *Supra* Cit. Comunicação (2008/C 267/01), parág. 66: “[e]ntre as medidas que permitem a terceiros executar eles próprios os compromissos figuram nomeadamente o acesso a um mecanismo rápido de resolução de litígios através de um procedimento de arbitragem (em conjunto com os administradores) ou de procedimentos de arbitragem que envolvam as autoridades regulamentares nacionais competentes, caso existentes nos mercados em causa. Se a Comissão puder concluir que os mecanismos previstos nos compromissos permitirão aos próprios operadores no mercado executá-los de forma eficaz e atempada, não será necessário que esta assegure qualquer controlo permanente neste contexto. Nessas circunstâncias, uma intervenção pela Comissão apenas se justificaria nos casos em que as partes não respeitem as soluções alcançadas no âmbito desses mecanismos de resolução de litígios. No entanto a Comissão apenas poderá aceitar tais compromissos na condição de a sua complexidade não comportar, à partida, um risco para a sua eficácia e quando os dispositivos de controlo propostos assegurarem a sua aplicação efetiva e o seu mecanismo de execução se traduzir em resultados em tempo oportuno”.

<sup>60</sup> Parág. 103: “dada a longa duração dos compromissos relativos a outros aspectos que não a alienação, bem como a sua complexidade frequente, serão frequentemente necessários esforços significativos em matéria de controlo e instrumentos específicos para permitir à Comissão concluir que tais compromissos serão efetivamente aplicados. Por conseguinte a Comissão exigirá muitas vezes que um administrador seja incumbido de controlar a execução de tais compromissos, bem como o estabelecimento de um procedimento de arbitragem acelerado a fim de prever um mecanismo de resolução dos litígios e de assegurar que sejam os próprios operadores de mercado a garantir a observância dos compromissos. Em casos anteriores a Comissão exigiu frequentemente a nomeação de um administrador e uma cláusula de arbitragem. Nesses casos o administrador controlará a execução dos compromissos, mas estará igualmente em condições de participar nos processos de arbitragem, por forma a que estes possam, ser concluídos num prazo curto”.

Em sede de controlo de concentrações, são vários os exemplos de decisões da CE em que se optou pelo recurso à arbitragem na monitorização da implementação de compromissos, tanto em decisões de primeira como de segunda fase. Esta opção tem vindo a ter um campo de aplicação cada vez mais relevante, a ponto de, em alguns casos, o recurso à arbitragem ser, ele próprio, entendido como um compromisso indispensável à autorização da operação de concentração<sup>61</sup>. As soluções que foram sendo implementadas ao longo das decisões são também bastante diversas<sup>62</sup> e refletem a evolução na aceitação deste procedimento.

Um dos primeiros casos de adoção deste mecanismo foi o Caso *Elf Aquitaine – Thyssen/Minol*<sup>63</sup>, decidido em primeira fase. Apesar da dimensão comunitária, as quotas de mercado pós-concentração eram relativamente baixas (de 1,5% para 5-8%) e, à partida, a concentração não oferecia particulares preocupações. No entanto, ouvidos os terceiros interessados, entendeu a CE que seria preciso assegurar o acesso dos concorrentes aos produtos das refinarias e aos depósitos em condições de mercado, o que implicava que os contratos a celebrar pós-concentração contivessem determinadas condições. A notificante aceitou, então, submeter os litígios que surgissem com terceiros a uma “arbitragem por peritos independentes e especializados nas matérias em causa”. A arbitragem surge assim *erga omnes*, como uma possibilidade de qualquer terceiro submeter os litígios a um Tribunal Arbitral especializado, ao invés de obrigar ao recurso aos Tribunais Comuns. Esta decisão espelha a forma indistinta e ainda confusa com a qual a CE se refere, sobretudo nestas primeiras decisões, a “peritos independentes” e a “árbitros”.

No mesmo ano, no Caso *British Airways/TAT*<sup>64,65</sup>, onde igualmente não se verificavam, à partida, especiais preocupações jusconcorrenciais, entendeu, no entanto, a CE que seria importante assegurar o acesso de concorrentes a *slots* de algumas rotas mais importantes, comprometendo-se a

<sup>61</sup> Vide MARC BLESSING, Ob. Cit., ps. 81 e ss..

<sup>62</sup> Os exemplos *infra* foram, na sua maioria, retirados de MARC BLESSING, Ob. Cit., ps. 81 e ss..

<sup>63</sup> Vide nr. 56.

<sup>64</sup> Vide nr. 56.

<sup>65</sup> Também no âmbito da concentração *Swissair/Sabena II*, Caso N.º IV/M.1185, de 04.06.1998, foi introduzida a possibilidade do recurso à arbitragem pelos concorrentes, no contexto dos acordos a celebrar com estes, para a transmissão de *slots*, em determinadas rotas.

notificante a transferir *slots* para os concorrentes, nessas rotas. Como medida para assegurar uma rápida resolução de eventuais litígios com terceiros, quanto aos termos dos contratos a celebrar para a transmissão dos *slots*, foi introduzida uma cláusula de arbitragem. Este caso, sendo dos primeiros em que surge o compromisso de aceitar a arbitragem em potenciais conflitos, é especialmente interessante, na medida em que estipulava que o árbitro, na falta de acordo entre as partes, seria escolhido pela British Airways mas, ficando a decisão final quanto à escolha do mesmo, sujeita a validação pelo Diretor Geral da Direção Geral da Concorrência. Esta solução para o impasse na escolha do árbitro, na falta de acordo das partes, sendo típica de modelos ingleses, não é isenta de críticas, dado que é suscetível de levantar reservas quanto à neutralidade do árbitro.

Outro dos casos que marcou um passo importante no que respeita à introdução do recurso à arbitragem para a implementação de concentrações foi o Caso *Alcatel/Thomson CSF – SCS*<sup>66</sup>. Entendeu a CE ser necessário assegurar, pós-concentração, que as partes continuassem a fornecer aos seus concorrentes determinadas peças tidas por particularmente importantes e um dos compromissos assumidos, para ultrapassar estas preocupações, foi o da submissão das partes à nomeação de um árbitro independente, a ser designado pela Agência Espacial Europeia (ao invés de pelas próprias partes, como sucedeu no caso referido no parágrafo anterior). A decisão refere a importância deste compromisso para a aceitação da concentração, tendo em conta a nomeação de um árbitro independente das partes e com especiais conhecimentos do setor, a rapidez da decisão (os prazos para a constituição da arbitragem e decisão eram bastante curtos: decisão em dois meses), a regulação do acesso aos documentos confidenciais, o facto de a decisão não admitir recurso e ser de execução imediata e a obrigação de o árbitro manter a CE informada de todos os procedimentos que tivessem lugar.

No Caso *Allied Signal/Honeywell*<sup>67</sup>, em que estava em causa o reforço de uma posição dominante com alegados efeitos de encerramento do mercado, estabeleceu-se a arbitragem, por um perito independente e experiente, nomeado pelas partes, mas sujeito à prévia aprovação da CE. A decisão do árbitro não admitia recurso e foram-lhe atribuídos amplos poderes de investigação e acesso a informação confidencial, podendo ordenar as me-

<sup>66</sup> N.º IV/M.1185, de 18.05.1998.

<sup>67</sup> N.º COMP/M.1601, de 01.12.1999.

didadas provisórias que entendesse necessárias. Todo o procedimento previa prazos muito curtos (*Fast Track*), tanto para as partes, como para a decisão do árbitro. Tanto o início das arbitragens, como as decisões do árbitro, deveriam ser prontamente informados à CE, ficando, ainda, as partes obrigadas a enviar, durante todo o período de vigência dos compromissos, relatórios anuais sobre a atividade do árbitro e as medidas implementadas pelas mesmas em cumprimento das decisões arbitrais. Um dado curioso desta decisão é o de ter sido igualmente definido que, simultaneamente com a nomeação do árbitro, seria nomeado um perito independente (sujeito igualmente à aprovação da CE), o qual tinha como missão a monitorização do cumprimento dos compromissos comportamentais assumidos e a obrigação de informação imediata da CE, em caso de incumprimento dos mesmos. Tendo em conta as funções deste perito independente, é exetável que o mesmo acompanhasse (ainda que passivamente) os procedimentos arbitrais, acabando por permitir uma intervenção da CE em moldes semelhantes à figura do *amicus curiae*.

No Caso *Carrefour/Promodès*<sup>68</sup>, em que a CE identificou preocupações relativas a posição dominante coletiva com potencial efeito de encerramento do mercado a pequenos fornecedores, reconhecendo no entanto que a concentração poderia, não obstante, trazer efeitos benéficos para o mercado, um dos compromissos que levou à aceitação da concentração foi o de desinvestimento de alguns ativos por parte do *Carrefour*, juntamente com a sua aceitação de, em caso de litígio, submeter o mesmo a arbitragem, por um árbitro independente a ser nomeado por comum acordo das partes ou, na falta do mesmo, pelo Presidente da Câmara de Comércio de Paris ou de Espanha (consoante o local do litígio). Também neste caso, os motivos apontados pela CE para a aceitação do compromisso prendem-se com a independência do árbitro, a rapidez da decisão (no caso, três meses) e a obrigação do *Carrefour* de informar todos os seus fornecedores, da introdução, nos contratos em curso, da possibilidade de recurso à arbitragem para resolução de eventuais litígios (arbitragem esta detalhadamente definida).

O Caso *BskyB/Kirch Pay TV*<sup>69</sup> é também interessante, na medida em que espelha as preocupações da CE com o recurso à arbitragem: o procedimento arbitral ficou sujeito à prévia aprovação da CE, que poderia introduzir as

<sup>68</sup> N.º COMP/M.1684, de 25.01.2000.

<sup>69</sup> N.º COMP/M.JV.37, de 21.03.2000.

alterações que entendesse necessárias e, no limite, definir o procedimento, sendo que o árbitro deveria decidir tendo em conta todas as anteriores decisões relativas às matérias objeto dos compromissos. Ficou também claramente explícito na decisão que, em caso algum, poderia o processo arbitral pôr em causa os poderes da CE, resultantes do controlo de concentrações ou do TFUE, relativamente à imposição de medidas às partes – uma emanção do dever inalienável da CE, de salvaguardar o respeito pelos Tratados da União Europeia.

No Caso *Shell/BASF/JV – Project Nicole*<sup>70</sup>, surge uma das primeiras manifestações, no âmbito do controlo de concentrações, da “Arbitragem Pêndulo” (*Pendulum Arbitration*), em que os árbitros terão de optar, na íntegra, pela posição de uma das partes. Ou seja, cada parte apresenta a sua proposta e respetiva fundamentação e os árbitros escolhem uma ou outra. É um mecanismo que, pelo risco inerente, visa fomentar um acordo das partes, evitando o litígio, já que o risco será mais elevado para ambas submetendo o litígio à arbitragem, pois só há ou perda ou ganho total. Neste processo estava em causa um eventual desacordo das partes quanto ao montante da compensação a ser paga pelo licenciamento, estabelecendo-se que, caso assim fosse solicitado pela parte, os contratos de licenciamento entrariam imediatamente em vigor, não obstante a pendência da arbitragem quanto ao montante da compensação. Trata-se de uma solução que suscita algumas questões, nomeadamente quanto à adesão de terceiros a este tipo de arbitragem, uma vez que os seus direitos de defesa poderão ser melhor salvaguardados por um Tribunal Comum, dados os poderes muito restritos de apreciação dos árbitros.

No Caso *Vodafone Airtouch/Mannesmann*<sup>71</sup>, surge um exemplo da resolução de litígios *Fast Track*, mais utilizada pela CE em decisões subsequentes. Esta opção de resolução de divergências foi disponibilizada aos terceiros que pretendessem por em causa um ato ou decisão da *Vodafone*, no âmbito da execução dos compromissos assumidos. Nesta solução, perante uma reclamação de terceiros (*prima facie evidence rule*) a *Vodafone* teria de apresentar os seus contra-argumentos devidamente fundamentados, sustentados em dados detalhados sobre a capacidade da rede, capacidade técnica, detalhes contabilísticos e técnicos, entre outros (o detalhe da

<sup>70</sup> N.º COMP/M.1751, de 29.03.2000.

<sup>71</sup> N.º COMP/M.1795, de 12.04.2000.

informação a ser fornecida, no âmbito deste tipo de arbitragem, é verdadeiramente exaustivo). O árbitro deverá decidir a favor da reclamante, salvo se o grau de prova apresentado pela contraparte for, de facto, capaz de inverter o caso apresentado.

Este mecanismo tem na sua base a preocupação de uma resposta eficaz a um problema de grande assimetria de informação, entre os terceiros reclamantes e a *Vodafone*, a qual estaria na posse de toda a informação (até porque, no entendimento da CE, da concentração resultava um aumento significativo da posição da *Vodafone*, que lhe conferia um fortíssimo poder negocial).

Finalmente e ainda no que respeita às decisões da CE, fazemos referência ao Caso *Newscorp/Telepiu*<sup>72-73</sup>, considerado um ponto de viragem no que respeita à aceitação da arbitragem como um compromisso válido para a implementação de um sistema de monitorização efetiva de compromissos comportamentais. Neste caso, o Tribunal Arbitral seria composto por três árbitros, segundo as regras de procedimento da International Chamber of Commerce, que decidiriam com base no sistema *prima facie case supra* referido, ou seja, os árbitros decidiriam a favor do terceiro reclamante, com base na prova produzida, salvo se a contraparte conseguisse fazer prova em contrário. A decisão do tribunal seria vinculativa, ficando claramente salvaguardados os poderes da CE e do Regulador Setorial.

Em Portugal, o recurso à arbitragem, no âmbito do controlo de concentrações, está igualmente previsto nas Linhas de Orientação sobre Compromissos em Controlo de Concentrações<sup>74</sup>. Apesar de a utilização destes mecanismos não ser tão vasta como ao nível da CE, existem alguns exemplos.

Na maioria das decisões de autorização com compromissos em que se previu o recurso à arbitragem até à data, este está restrito à regulação de litígios ou divergências entre o mandante e o mandatário<sup>75</sup> (*i.e.*, entre

<sup>72</sup> N.º COMP/M.2876, de 02.04.2003.

<sup>73</sup> Vide *OECD Hearings*, Ob. Cit., p. 80.

<sup>74</sup> Vide pt. 102: “as salvaguardas exigidas pela AdC no âmbito de compromissos de alienação são, em grande medida, comuns às salvaguardas exigidas no âmbito da execução e monitorização de outros tipos de compromissos, referindo em especial a relevância de mandatários de monitorização e cláusulas de arbitragem no caso de cedência de licenças”.

<sup>75</sup> Vide, entre outros exemplos, os seguintes processos: Ccent. 79/2007, *Transdev/Outros Accionistas pessoas individuais do Grupo Joalto (através de NewCo)/JV Sociedade (Empresa Comum)*; Ccent. 51/2007, *Sonae/Carrefour*; Ccent. 16/2011, *Powervia (Fundo Explorer II)/Laso\*Auto-Laso\*Probilog\*Laso Ab*.

a notificante e o administrador nomeado para controlar a execução dos compromissos).

No entanto, a decisão no âmbito do processo Ccent. 5/2013 *Kento\*Unitel\*Sonaecom/Optimus*<sup>76</sup> prevê o acesso à arbitragem em moldes um pouco distintos e mais próximos do que tem vindo a ser a prática mais recente da CE, prevendo-se o recurso à arbitragem para benefício de terceiros, caso estes entendam recorrer a tal mecanismo. Neste processo, estava em causa a aquisição pela *Kento\*Unitel\*Sonaecom* do controlo conjunto da *ZON Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A. (ZON)*, tal como esta última resultaria, depois de incorporar, por fusão, a sociedade *Optimus, SGPS, S.A. (Optimus)*. A Autoridade da Concorrência identificou várias preocupações jusconcorrenciais e a operação foi autorizada mediante a aceitação de vários compromissos de natureza comportamental, relacionados com as condições contratuais das partes (alargamento de prazos contratuais, restrição de cláusulas de fidelização de clientes, obrigação de acesso à rede grossista e introdução de uma opção de compra a favor da *Vodafone*).

Em particular, as notificantes comprometeram-se a assegurar que a *Optimus* negociava o acesso grossista à *Rede Optimus Partilhável*, por parte de entidades que cumprissem certos requisitos. Sempre que a *Optimus* e o terceiro requerente do acesso não chegassem a acordo para celebrar o contrato de acesso, tal diferendo deveria ser apreciado por uma Comissão Arbitral, caso o terceiro assim o pretendesse, ficando as notificantes irrevogavelmente comprometidas a assegurar que a *Optimus* aceitaria a decisão daí resultante, sobre os termos mais adequados a serem contratados.

Estes são apenas alguns dos muitos exemplos de decisões das quais decorre que, efetivamente, o recurso à arbitragem tem um campo de aplicação relativamente vasto no âmbito do controlo de concentrações e pode e deve ser encarado, tanto pelas AC, como pelas partes e terceiros, como um mecanismo eficaz para a resolução de litígios relacionados com a implementação de compromissos, tendo, por isso mesmo, um papel importante na aplicação pública e privada do direito da concorrência.

Parafraseando CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, a arbitragem não é um novo instrumento de supervisão das AC, mas antes um instrumento para resolução de litígios entre privados e por privados, ainda que tais litígios sejam o resultado de uma situação de desrespeito de deve-

<sup>76</sup> De 26.08.2013.

res assumidos perante a autoridade pública competente. Embora de carácter essencialmente privado, o recurso à arbitragem, nestes casos, tem a peculiaridade de ser “semi-compulsório”, na medida em que, pelo menos as empresas participantes, ficam obrigadas a aceitar a utilização desta via<sup>77</sup>.

Embora tecnicamente não seja correto qualificar o recurso à arbitragem como um mecanismo de controlo ou execução de compromissos, é na prática esta a maior mais-valia que as AC lhe reconhecem.

Uma das questões que se tem levantado é o grau de intervenção das AC nos procedimentos arbitrais, em alguns casos considerada como injustificada e ilegítima.

Em algumas das decisões da CE, sobretudo nas iniciais em que os receios sobre o recurso e o alcance das arbitragens eram muito latentes, em particular quanto à restrição ou substituição dos poderes de supervisão atribuídos às AC, a intervenção da CE – nomeadamente quanto à obrigatoriedade da sua intervenção no procedimento arbitral (desde a escolha dos árbitros, passando pela obrigatoriedade de pronúncia e de sindicância da decisão arbitral) – levantou dúvidas quanto à natureza deste tipo de procedimentos arbitrais, designadamente se se tratavam de mecanismos adicionais de supervisão ou de verdadeiras arbitragens de natureza comercial.

O entendimento atual é o de que se tratam de arbitragens comerciais comuns, ainda que possam ter (e tenham, de facto) algumas características próprias, resultantes da circunstância de estarmos perante litígios que decorrem de dúvidas sobre o cumprimento de deveres assumidos perante entidades públicas. De entre estas características específicas, ressaltam:

- (i) a possibilidade de intervenção das AC, que não é obrigatória mas, caso exista, terá a valoração equivalente à de um relatório de um perito (ainda que especialmente qualificado<sup>78</sup>);
- (ii) a necessidade de articulação entre o Tribunal Arbitral e a AC; e
- (iii) o facto de, na grande maioria dos casos, estarmos perante uma “declaração unilateral de adesão prévia”, uma vez que a notificante assume, perante todas as eventuais contrapartes (não identificadas à data da assunção do compromisso), a obrigação de se sujeitar a

<sup>77</sup> Vide CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Ob. Cit., p. 28.

<sup>78</sup> Neste sentido, vide CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Ob. Cit., p. 18.

uma decisão de um Tribunal Arbitral<sup>79</sup>. Não estamos perante uma verdadeira cláusula compromissória, o que pode levantar questões sobre a possibilidade ou não de invocação de exceção de incompetência, embora se trate de uma obrigação assumida pela notificante perante a entidade pública, cuja violação estará sujeita ao escrutínio desta.

A distinção entre os poderes de jurisdição das AC e dos Tribunais Arbitrais, nem sempre clara, como vimos acima, foi, no entanto, já elucidada numa das primeiras decisões de um Tribunal Arbitral, neste campo<sup>80</sup>: à AC cabe a função pública de supervisão da implementação dos compromissos e das medidas sancionatórias necessárias; ao Tribunal Arbitral cabe decidir os litígios entre as notificantes e os beneficiários dos compromissos, os quais, na ausência de recurso aos Tribunais Arbitrais, seriam necessariamente dirimidos nos Tribunais Nacionais. A mesma decisão foi também importante na clarificação do escopo dos poderes do Tribunal Arbitral: assegurar o cumprimento dos compromissos acordados com a CE no âmbito da decisão de autorização, não lhe cabendo a alteração dos compromissos que tenham sido acordados com aquela.

## V. Conclusões

Ultrapassada a questão da arbitrabilidade do direito da concorrência e conforme julgamos resultar do *supra* exposto, a defesa da concorrência tem a ganhar com a opção pela arbitragem e pelas mais-valias a esta associadas, como sejam a celeridade, o custo, a flexibilidade, a confidencialidade ou a especialização.

Os benefícios do recurso ao processo arbitral aumentam exponencialmente no caso da aplicação privada, principalmente se tivermos em consideração o espaço exercício do direito à reparação verificado. Muito embora

<sup>79</sup> Que DÁRIO MOURA VICENTE qualifica de “promessa de celebração de convenção arbitral”: vide CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Ob. Cit., p. 29.

<sup>80</sup> Vide LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, *EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane VS Sky Italia, Arbitration International*, Oxford University Press, Vol. 19, Issue 2, 1 junho 2013.

neste caso, com grande probabilidade, não exista um acordo prévio entre as partes e, por conseguinte, uma convenção de arbitragem antecedente à situação controversada. Estamos cientes da maior dificuldade das partes chegarem a um consenso e celebrarem uma convenção arbitral concomitantemente com o litígio, estando já degradada a relação entre estas, mas realçamos as vantagens daí decorrentes para ambas as partes. Se, para a empresa infratora significa a limitação da responsabilidade que lhe caberia se não se socorresse da justiça privada e, ainda, a possibilidade de ver reduzida a coima aplicável (a qual – relembre-se – pode chegar a 10% do seu volume de negócios<sup>81</sup>), para o lesado pode significar uma reparação mais eficaz. No caso das empresas, uma indemnização atempada pode mesmo fazer a diferença na estrutura de mercado, na medida em que se verifique uma incapacidade de suporte dos danos, suscetível de expulsar a empresa lesada do mercado. O TAV tem, assim, competência para declarar o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil ou apenas para determinar o montante da indemnização.

Por outro lado e parafraseando LAURENCE IDOT, a arbitragem pode servir como um útil auxiliar da aplicação pública (*public enforcement auxiliary*<sup>82</sup>) do direito da concorrência, em sede de controlo de concentrações. A sua relevância será tanto maior, quanto mais adaptada for às particularidades dos casos concretos, nomeadamente assegurando a especialidade dos árbitros e a sua neutralidade, a celeridade na composição do Tribunal Arbitral e na decisão, a neutralidade do local da arbitragem e da língua da mesma, a efetiva implementação da decisão do Tribunal Arbitral, nomeadamente através da renúncia ao recurso da decisão e a sua articulação com a AC.

## Bibliografia

- ANDRADE, José Robin de, *Nova Lei de Arbitragem Voluntária e Concorrência*, *Revista de Concorrência e Regulação* Ano III. n.ºs 11 e 12 – jul/dez 2012
- BLESSING, Marc, *Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues*, *Swiss Commercial Law Series*, Edit. por VOGT, Nedim Peter, Vol. 14, 2003

<sup>81</sup> Ou da sua remuneração anual, no caso de pessoas singulares (art. 69.º n.ºs 2 e 4 do RJC).

<sup>82</sup> Vide *OECD Hearings*, Ob. Cit., p. 80.

- BARROCAS, Manuel Pereira, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Almedina, 2017
- BOTTEMAN, Yves e HUGHES, Paul, *Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools*, *The European Antitrust Review*, *Global Competition Review*, 2003
- CAMPOS, João Mota de, e CAMPOS, João Luiz Mota de, *Manual de Direito Comunitário*, 5.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, 2007
- CARAMELO, António Sampaio, *A impugnação da Sentença Arbitral*, Coimbra Editora, 2014
- CAUFFMAN, Caroline, *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*, *The Competition Law Review*, 7.<sup>o</sup> Vol., Issue 2, julho 2011
- BLANKE, Gordon, *Comments on draft Revised Commission Notice on remedies acceptable under the Merger Regulation*, 16 de julho de 2007, disponível em [ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files.../berwin.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files.../berwin.pdf)
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito da União, História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 7.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2014
- IDOT, Laurence, *Arbitration, European Competition Law and Public Order*, *Revista de Concorrência e Regulação* Ano IV, n.<sup>o</sup> 13 – jan/mar 2013
- KOMINOS, Assimakis, *Arbitration and EU Competition Law*, *Revista de Concorrência e Regulação* Ano III, n.<sup>os</sup> 11 e 12 – jul/dez 2012
- LESLIE, Christopher R., *Editorial – Antitrust Leniency Programmes*, *The Competition Law Review*, 7.<sup>o</sup> Vol., Issue 2, julho 2011
- OECD Hearings, *Arbitration and Competition*, 2010
- PAIS, Sofia Oliveira, *Entre Inovação e Concorrência – Em Defesa de um Modelo Europeu*, Universidade Católica Editora, 2011
- PAIS, Sofia Oliveira e PISZCZ, Anna, *Package on Actions for Damages Based on Breaches of EU Competition Rules: Can One Size Fit All?*, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2014, 7(10)
- BROZOLO, Luca G. Radicati Di, *EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane VS Sky Italia*, *Arbitration International*, Oxford University Press, Vol. 19, Issue 2, 1 Junho 2013
- ROSSI, LEONOR e FERRO, Miguel Sousa, *Private Enforcement of Competition Law, in Portugal (I): An Overview of Case-law*, *Revista de Concorrência e Regulação* Ano III n.<sup>o</sup> 10 – abr/jun 2012
- SØRENSEN, Jajob B e TORP, Kristian, *The Second Look in European Union Competition Law: A Scandinavian Perspective*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 34, 2017
- STEFANO, Gianni de, *Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, *Global Competition Litigation Review*, Issue 3, 2012
- TRABUCO, Cláudia e GOUVEIA, Mariana França, *A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts*, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011

VICENTE, Dário Moura (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.<sup>a</sup> Edição, Almedina e Associação Portuguesa de Arbitragem, 2017

WHISH, Richard e BAILEY, David, *Competition Law*, Oxford University Press, 2012

WILS, Wouter PJ, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hard Publishing, 2008

# Arbitragem desportiva no Tribunal Arbitral do Desporto

**LUÍS FRAÚSTO VARONA**

*Sócio Contratado da Abreu Advogados*

**FREDERICO DE TÁVORA PEDRO**

*Pós-Graduado em Direito do Desporto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*

*Advogado Associado da Abreu Advogados*

## **I – Introdução**

Desde a Lei de Bases do Sistema Desportivo, aprovada pela Lei n.º 01/90, de 13 de Janeiro, que a Justiça Desportiva, não sem polémica e discussão na doutrina e jurisprudência, tem colhido assento na legislação desportiva nacional, podendo ler-se no texto original da referida lei que *“as decisões e deliberações definitivas das entidades que integram o associativismo desportivo são impugnáveis, nos termos gerais de direito”*, sendo a via competente para a referida impugnação a dos Tribunais Administrativos. Previa, contudo, esta Lei de Bases a exclusão da possibilidade de impugnação de tais decisões e deliberações em função da matéria sobre que versassem, isto é todas aquelas que tivessem por objeto questões estritamente desportivas que se fundassem na violação de normas de natureza técnica ou disciplinar.

Com a Lei de Bases do Desporto, aprovada pela Lei n.º 30/2004, de 21 de Julho, a Justiça Desportiva mereceu maior atenção do legislador, tendo

consequentemente sido incluídas num artigo autónomo normas cuja previsão passa a abranger as questões estritamente desportivas, procurando definir e nomear algumas dessas questões. Nasce também, com a Lei de Bases do Desporto de 2004, a arbitragem voluntária no desporto, dependente, tal como no regime geral, de um compromisso arbitral prévio entre as partes e exercida junto da Comissão de Arbitragem Desportiva, que funcionava junto do Conselho Superior do Desporto.

Já na Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto, aprovada pela Lei n.º 05/2007, de 16 de Janeiro, a matéria da justiça desportiva tornou a ser condensada num único artigo, mantendo, contudo, a densificação iniciada pela Lei de Bases de 2004. Todavia, é introduzida no preceito uma importante inovação: menciona o artigo 18.º da referida Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto de 2007 que estarão sujeitos à jurisdição administrativa os litígios emergentes de atos e omissões dos órgãos das federações desportivas e ligas profissionais *no âmbito do exercício dos poderes públicos*. Com isto, abriu-se uma importante janela, que indicia a especificidade dos litígios sobre jurisdição administrativa, nomeadamente no que respeita a litígios de natureza laboral, comercial, comercial, civil, entre outros.

Pese embora esta sintética evolução da justiça desportiva em Portugal, é certo que a dinâmica do movimento desportivo em Portugal justificou uma revogação do preceito, adequando assim essa especificidade à complexidade e densidade da *lex sportiva*.

Sendo o Direito uma realidade dinâmica, impôs-se que fossem reconhecidos ao Direito do Desporto, pelas suas características e especificidade técnica, uma maior autonomia e agilidade, nomeadamente no que diz respeito ao contencioso desportivo e à jurisdição competente para dirimir os litígios nesta área.

Com efeito, nasce dos poderes disciplinares e de regulamentação das federações desportivas o âmago do contencioso desportivo, uma vez que – reconhecido o estatuto de utilidade pública desportiva – é a federação que, dentro da sua própria estrutura orgânica, tem poderes para definir a sua regulamentação, disciplina e organização. Por essa vertente eminentemente federativa da justiça desportiva, sempre se discutiu qual seria a verdadeira natureza da competência para dirimir os litígios emergentes das relações desportivas, entre aqueles que defendiam a natureza privativa dos órgãos competentes das federações para julgamento dos seus próprios litígios, e o

monopólio estatal de organização do poder judiciário, que por sua vez implicaria ou a atribuição de competência aos múltiplos tribunais já existentes para julgamento de litígios de natureza desportiva, ou através da criação de um foro próprio de competência especializada.

Se pecará a primeira das soluções por uma potencial ausência de imparcialidade das instâncias federativas para julgamento de litígios desportivos em que poderá a própria federação em questão ter um interesse relevante na causa, não menos verdade é o facto de a incorporação dos litígios desportivos na estrutura judiciária existente resulta na frustração do processo ágil e especializado que a natureza dos litígios e a multiplicidade de fontes de direito impõe para a boa decisão da causa desportiva.

Assim, e a fim de colmatar todas estas lacunas e de pôr termo à discussão entre uma justiça desportiva privativa das federações desportivas e uma justiça desportiva inserida na estrutura judiciária estatal, foi opção do legislador, através da Lei n.º 74/2013, de 06 de Setembro, criar o Tribunal Arbitral do Desporto (TAD), instância com competência específica para administrar a justiça relativamente a litígios que relevam do ordenamento jurídico desportivo ou relacionados com a prática do desporto, e que veio assim revogar o artigo 18.º da Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto de 2007, que regulava a matéria da justiça desportiva.

A solução adotada foi, pois, extremamente inovadora uma vez que, a nível europeu, o TAD foi o primeiro organismo nacional criado para dirimir litígios desportivos, nascendo da intervenção do Estado na justiça desportiva mas não se integrando na sua estrutura judiciária, tendo sido criado com o propósito de se tornar o foro próprio para clubes, federações e agentes fazerem valer os seus direitos e garantias em situações que configurem determinados pressupostos conducentes à pronúncia de competência do TAD para decidir.

Ainda assim, e pese embora a inovação e excelência da ideia de submeter os litígios desportivos uma instância arbitral de competência especializada, sempre se garantindo por esta via uma maior celeridade e agilidade processuais, a verdade é que quando posta em prática, a ideia não se revelou isenta de erros e imprecisões que, para o universo da justiça desportiva, são de essencial relevância, conforme se explanará nos parágrafos *infra* vertidos.

## II – A competência do TAD

### *i) O desaparecimento da querela estritamente desportiva e relevo do critério material de competência*

Estabelecia o artigo 18.º da Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto de 2007, sob a epígrafe “Justiça Desportiva” que a competência para decidir questões estritamente desportivas estava entregue aos órgãos federativos, cabendo aos tribunais administrativos o julgamento de litígios emergentes de atos ou omissões dos órgãos das federações desportivas e ligas profissionais, no âmbito do exercício dos poderes públicos. A norma definia ainda aquilo que deveria ser considerado uma questão estritamente desportiva, dizendo que são questões estritamente desportivas as que se fundem em normas técnicas ou disciplinares ligadas à aplicação das leis do jogo, regulamentos e regras de organização de competições, como por exemplo, o castigo a aplicar a um dirigente que profere determinadas injúrias a um árbitro na sequência de uma arbitragem menos conseguida, ou o castigo a aplicar a um jogador que agride um outro agente desportivo.

Nesse tempo, os Tribunais unanimemente traçaram um critério para distinguir o que era uma questão estritamente desportiva do que não era, resultando desse critério, então, que somente as infrações cometidas durante a competição resultantes da aplicação das leis, regulamentos e normas de organização do jogo e das competições desportivas seriam consideradas estritamente desportivas e, com isso, estariam sob alçada jurisdicional dos órgãos federativos competentes.

Ora, se com a vigência do artigo 18.º da Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto de 2007, o critério de atribuição de competência aos tribunais administrativos para julgamento de litígios desportivos era, com maior ou menor intervenção dos tribunais no que diz respeito ao esclarecimento do conceito de *questão estritamente desportiva*, relativamente determinado, os critérios de atribuição de competência ao Tribunal Arbitral do Desporto para julgamento de semelhantes causas demonstra-se manifestamente mais amplo.

Com efeito, a Lei do Tribunal Arbitral do Desporto (LTAD) estabelece, no que respeita à delimitação da sua competência que «O TAD tem compe-

*tência específica para administrar a justiça relativamente a litígios que relevam do ordenamento jurídico desportivo ou relacionados com a prática do desporto.»*

Do amplo âmbito da previsão do artigo 1.º, n.º 2 da LTAD podemos retirar que sempre que o litígio resulte ou esteja relacionado com a prática desportiva ou sempre que para a sua resolução fossem chamadas à colação a aplicação de normas jurídicas reguladoras da atividade desportiva – sejam essas de que naturezas forem – sempre será o TAD chamado a julgar e dirimir esse litígio. Assim, o critério de atribuição de competência do TAD nada tem de formal, sendo por isso suficiente e bastante para determinar a competência desta nova instância desportiva aquele critério eminentemente material do *relevo para o ordenamento jurídico desportivo*.

Poderá contudo argumentar-se que a redação da norma vertida no n.º 2 do artigo 1.º da LTAD é insatisfatória. Efetivamente, pode afirmar-se que a norma peca por alguma superficialidade, sendo exigível nestes tempos em que o desporto cada vez mais se profissionaliza e se enraíza nos diversos quadrantes da sociedade, uma muito maior densificação e *criterização* do âmbito de competência do TAD, não só pelo histórico do debate que as questões estritamente desportivas provocaram a nível do contencioso, mas também para impedir que viessem a ser suscitados eventuais problemas resultantes da sua interpretação, quanto à atribuição e delimitação de competência arbitral desportiva, adivinhando-se desde já e nesta sede, para além da possibilidade de uma alteração ao preceito, discussões e dificuldades interpretativas em relação a conflitos positivos e negativos de competência em sede do contencioso desportivo.

Contudo – e apesar do conteúdo da norma que encerra o n.º 2 do artigo 1.º da LTAD ser praticamente estéril de tão ampla que é a sua previsão, que é até redundante atentos os artigos 4.º a 7.º da própria lei – a determinação, com maior precisão, das matérias que devem/podem ser colocadas a juízo no TAD só é possível mediante uma leitura sistemática dos preceitos em apreço, assim se percebendo a real competência do TAD e reduzindo a ineficiência do legislador na redação do artigo referente à jurisdição do TAD.

## ***ii) A competência em arbitragem necessária e voluntária***

Efetivamente, a lei define, ao longo dos artigos 4.º a 7.º, que matérias deverão ser submetidas a arbitragem necessária e a arbitragem voluntária, o que

nos permite assim alcançar um grau maior grau de clareza na delimitação da competência do TAD que só pela leitura do n.º 2 do artigo 1.º torna-se inalcançável.

A LTAD, no n.º 1 do seu artigo 4.º, epigrafado de “Arbitragem Necessária”, a LTAD estabelece que «*Compete ao TAD conhecer dos litígios emergentes dos atos e omissões das federações desportivas, ligas profissionais e outras entidades desportivas, no âmbito do exercício dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direção e disciplina.*»

Com efeito, este artigo 4.º, n.º 1, acaba por revestir suma importância na delimitação da competência do TAD, não fossem os litígios dirimidos em sede arbitragem necessária aqueles para os quais a justiça arbitral desportiva foi idealmente desenhada, o que se traduz no facto de a esmagadora maioria dos procedimentos iniciados no TAD corresponder a pedidos deduzidos em sede de arbitragem necessária.

O referido artigo 4.º, n.º 1 deve ser decomposto em dois requisitos cumulativos, cuja verificação confere competência ao TAD para o julgamento de litígios. São esses (i) os atos e omissões das federações desportivas, ligas profissionais e outras entidades desportivas; e (ii) que esses atos e omissões sejam ocorram no âmbito do desempenho de poderes de regulamentação, organização, direção e disciplina.

No que respeita ao primeiro requisito, parece não se levantarem questões interpretativas de maior importância, no que deva ser considerado *federação desportiva*. Tampouco oferece dúvidas o conceito de *ligas profissionais*. Todavia, o legislador, ainda que sendo mais exato do que na redação do artigo 1.º, n.º 2, optou por manter ainda assim uma dose de inexatidão, ao incluir, no primeiro requisito, a expressão *outras entidades desportivas*.

Carecendo ainda este conceito de maior densificação legal e jurisprudencial, estamos em crer que estas *outras entidades desportivas* poderão ser, por exemplo, as associações regionais de futebol, os sindicatos de jogadores e treinadores, a Confederação do Desporto em Portugal, entre outros.

No que respeita ao segundo requisito, que consiste no pressuposto material de competência do TAD em sede arbitragem necessária, este exige que a referida ação ou omissão ocorra *no âmbito do exercício dos poderes de regulamentação, organização, direção e disciplina*. Apesar de não existir uma menção expressa ao exercício de poderes públicos, em causa estão apenas poderes que revestem essa natureza, uma vez que resultam do reconhecimento do estatuto de entidade pública desportiva. Assim, é nosso entendimento

que o legislador não quis desviar do âmbito desses poderes a sua natureza pública, mas apenas concretizá-los de modo a conferir maior densidade à competência do TAD em matéria de arbitragem necessária.

De acordo com a LTAD, este é também competente em sede de arbitragem necessária para questões relacionadas com recursos em matérias de *doping*, de acordo com o disposto no seu artigo 5.º, epígrafado de “Arbitragem necessária em matéria de dopagem”.

Por sua vez, o artigo 6.º da LTAD confere ao Tribunal competência em matéria de arbitragem voluntária, podendo ser submetidos à arbitragem os litígios que, não estando sujeitos a arbitragem necessária, estejam direta ou indiretamente relacionados com a prática desportiva, desde que suscetíveis de decisão arbitral nos termos da Lei da Arbitragem Voluntária. A submissão dos litígios à arbitragem voluntária do TAD está assim dependente, como já se referiu, ou de uma convenção de arbitragem acordada entre as partes ou de uma cláusula de arbitragem estatutária de uma federação ou organismo desportivo no seio do qual surja um litígio.

Não sendo esta solução particularmente rica, a LTAD vem apenas reiterar a solução que nos é dada pela LAV, institucionalizando assim, junto do TAD, a arbitragem voluntária desportiva.

De igual modo, a LTAD vem expressamente prever, no artigo 7.º, a possibilidade de litígios emergentes de contratos de trabalho desportivos celebrados entre atletas, técnicos, intermediários e outros agentes desportivos virem a ser julgados em sede de arbitragem voluntária.

### **III – Do Procedimento Cautelar**

O artigo 41.º da LTAD confere ao Tribunal Arbitral do Desporto a possibilidade de decretar providências cautelares, para que o decurso do processo principal não inutilize os direitos que as partes pretendem ver tutelados. Também aqui o procedimento cautelar é um processo urgente que corre paralelamente à ação principal, sendo uma matéria que, na LTAD, não está isenta de reparos e considerações que merecem a atenção do legislador.

Os números 1 a 8 do artigo 41.º da LTAD estabelecem a tramitação processual do procedimento cautelar junto do TAD, mas não podendo deixar de ser destacado o número 4, nos termos do qual o requerente de uma pro-

vidência cautelar deverá apresentar o seu requerimento juntamente com o requerimento inicial de arbitragem ou com a defesa.

Ora, tendo a providência cautelar de ser requerida conjuntamente com a ação principal, perde-se um pouco da sua natureza antecipatória de tutela de direitos. Dispensando-se, nos procedimentos cautelares, os graus de certeza exigidos para procedência de um requerimento inicial, pretende-se com a providência que sejam assegurados os direitos violados, acautelando-se a possibilidade de resultarem da violação de um direito prejuízos irreparáveis.

Atenta esta necessidade de apresentação simultânea de Requerimento para Providência Cautelar e de Requerimento Inicial, frustra-se igualmente a sua finalidade prática prática, quer seja esta conservatória ou antecipatória, sendo exigido ao Requerente/Demandante que prove, com certeza, os factos que alega, quando em sede de providência cautelar é suficiente a sua probabilidade. Note-se que, na jurisdição desportiva, e mais especificamente no âmbito da justiça cautelar, não foi ainda consagrada a inversão do contencioso.

Para além de esta solução atentar à celeridade e à economia processual, é também questionável a sua constitucionalidade à luz do princípio da tutela jurisdicional efetiva. Com efeito, a necessidade de apresentação de uma providência cautelar concomitantemente à ação principal prejudica a tutela efetiva de direitos, mormente quando esta providência revista uma natureza antecipatória. Deste modo, é exigido ao Requerente um esforço probatório adicional para fundamentação do requerimento de providência cautelar – em teoria inferior àquele que deve ser empreendido para a ação principal – que se demonstra necessário atenta esta obrigatoriedade de apresentação simultânea.

#### **IV – Da problemática das custas processuais**

À matéria de custas processuais, a LTAD dedica os artigos 76.º a 80.º, começando, em primeiro lugar por esclarecer as despesas que integram o conceito de custas processuais. Assim, as custas processuais compreendem as taxas de arbitragem – montantes devidos pelo impulso processual – e os encargos com o processo arbitral, como os honorários dos árbitros.

Ressalta à primeira vista a não inclusão – pelo menos expressa – das custas de parte como custas do processo arbitral. Contudo, tem sido entendido, com fundamento na aplicação subsidiária do artigo 3.º do Regulamento das Custas Processuais, aplicável *ex vi* da alínea b) do artigo 80.º da LTAD, que as mesmas deverão ser consideradas a final.

Numa análise abstrata, compreende-se a opção de completar a definição dada pelo artigo 76.º da LTAD com o artigo 3.º do Regulamento das Custas Processuais. Todavia, com maior dificuldade se entende a não aplicabilidade das alíneas f) e g) do número 1 do artigo 4.º do Regulamento das Custas Processuais, que estabelecem que *estão isentos de custas as pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos, quando atuem exclusivamente no âmbito das suas especiais atribuições ou para defender os interesses que lhe estão especialmente conferidos pelo respetivo estatuto ou nos termos de legislação que lhes seja aplicável*, bem como *as entidades públicas quando atuem exclusivamente no âmbito das suas especiais atribuições para defesa de direitos fundamentais dos cidadãos ou de interesses difusos que lhe estão especialmente conferidos pelo respetivo estatuto, e a quem a lei especialmente atribua legitimidade processual nestas matérias*.

Relativamente a essa problemática, já se pronunciou o TAD, no acórdão relativo ao processo 2/2015, tendo sido proferido, por despacho, que *resulta claro não se encontrar previsto qualquer regime de isenção de custas nos processos que correm os seus termos perante o TAD*.

Com base nesta argumentação, não se compreende como é possível entender que as custas de parte sejam consideradas custas processuais, nos termos do artigo 76.º da LTAD, através da aplicação subsidiária do artigo 3.º do Regulamento das Custas Processuais e, simultaneamente, entender-se que o silêncio do legislador quanto à matéria de isenção do pagamento de custas demonstra com clareza a sua vontade em que tais isenções não sejam concedidas.

Embora não se conteste a validade da inclusão das custas de parte, apuradas nos termos do Regulamento das Custas Processuais, no conceito de custas processuais, não se concebe como poderá ser afastada a aplicação da isenção prevista no artigo 4.º do referido regulamento. Sendo esta matéria, na LTAD, uma verdadeira lacuna – maior do que a que resulta da não inclusão das custas de parte no conceito de custas processuais –, devia esta ser integrada através da aplicação do Regulamento das Custas Processuais, entendido como subsidiariamente aplicável pela própria LTAD, no seu artigo 80.º.

A resolução desta questão não é despicienda, porquanto o recurso ao TAD implica um significativo esforço financeiro para as partes que a esta instância legitimamente recorrem ou são chamadas. Note-se que, anteriormente à entrada em vigor da LTAD, era pacífico o entendimento de que as Federações gozavam de um estatuto de isenção de custas, justamente por aplicação do artigo 4.º do Regulamento das Custas Processuais. Ora, com a vigência da LTAD, certas matérias passaram a estar obrigatoriamente sujeitas à jurisdição do Tribunal Arbitral do Desporto, o que o aproxima, assim, de uma verdadeira instância judicial.

Não se entende, por isso, como pode o TAD, no despacho *supra* transcrito, justificar a não aplicação do Regulamento das Custas Processuais em matéria de isenção de custas com base no seu artigo 2.º – que estatui que “*o presente Regulamento aplica-se aos processos que correm termos nos tribunais judiciais, nos tribunais administrativos e fiscais e no balcão nacional de injunções*” – quando é o referido Regulamento subsidiária e efetivamente aplicado nos procedimentos que aí correm termos.

Não sendo pacífica a interpretação da redação da LTAD em matéria de custas, ainda menos feliz tem sido o entendimento perfilhado pelo TAD, que em diversos acórdãos tem vindo a recusar a isenção do pagamento de custas sucessivamente peticionada pelas federações desportivas. Na maior parte dos pedidos submetidos ao TAD, a sua jurisdição é uma jurisdição necessária com origem em *atos e omissões das federações desportivas*, o que implica que estas entidades serão, as mais das vezes, demandadas, e que, em caso de condenação, serão obrigadas ao pagamento de um montante significativo devido a título de custas processuais, montante que à partida estariam isentas de pagar nos termos do artigo 4.º do Regulamento das Custas Processuais, subsidiariamente aplicável.

Assim, é nosso entendimento que esta questão reflete a necessidade de uma ponderação coerente e equitativa da aplicação subsidiária do Regulamento das Custas Processuais ao Título IV da LTAD quanto à matéria das isenções de custas.

## VI – Conclusões

O Tribunal Arbitral do Desporto, com todos os seus contornos e especificidades, é, indubitavelmente, o caminho a seguir no que à justiça desportiva diz respeito. Contudo, desde o início do funcionamento do TAD que advo-

gados, árbitros, clubes, dirigentes, federações e outros agentes desportivos já se depararam com várias questões interpretativas, quer no que respeita ao alcance e conteúdo das decisões arbitrais, quer no que respeita à própria Lei do Tribunal Arbitral do Desporto.

Não é de excluir, por isso, que decorridos estes primeiros anos de funcionamento desta instância de competência especializadíssima em matérias desportivas, a possibilidade de se proceder à revisão da LTAD, que não seria desadequada ou impertinente atentas as dificuldades interpretativas e práticas que se têm vindo a revelar.

Uma revisão da LTAD permitiria, mais do que clarificar densificar determinadas opções do legislador, refletir na nova redação não só as conclusões a que tem vindo a chegar a literatura jurídica produzida sobre o TAD, mas também as questões interpretativas que este órgão, através da sua jurisprudência, tem vindo a esclarecer. Naturalmente, para que tal desiderato seja alcançado, tal pressuporia a unidade de todos os intervenientes em matéria de justiça desportiva, a fim de que a lei satisfaça o mais possível as pretensões de cada um dos agentes desportivos que ao TAD recorrem, aprimorando-se assim aquele que surgiu no ordenamento jurídico português como um dos mais eficazes instrumentos de administração da justiça e resolução de litígios de natureza desportiva.

