

Decisão arbitral, legalidade objetiva e interesse público

Paulo Dias Neves

Advogado

Sumário: 1. Introdução; 2. Arbitrabilidade e direito administrativo; 3. A arbitragem administrativa no CPTA; 4. A missão constitucional da defesa da legalidade pelo MP; 4.1. Enquadramento; 4.2. O MP no atual modelo de contencioso administrativo; 4.3. A ausência do MP nos tribunais arbitrais; 4.4. A tutela judicial efetiva da ação pública; 5. As vias de impugnação da decisão arbitral pelo MP; 5.1. A legitimidade recursiva prevista no EMP; 5.2. A legitimidade para recursos extraordinários e para a anulação de sentenças arbitrais; 5.3. O recurso para o Tribunal Constitucional; 6. O conhecimento das decisões arbitrais pelo MP; 7. A intervenção auxiliar do MP nas instâncias estaduais superiores em impugnações das partes; 8. A intervenção do MP em processos de reconhecimento de sentenças; 9. Nota final.

1. Introdução

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

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

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

¹ Este é o órgão que “mais dúvidas oferece quanto à sua posição constitucional”, v. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., p. 601. Outros detetam no MP um “notável sincretismo funcional com tanto de mistério como de ministério”, JOSÉ MANUEL RIBEIRO DE ALMEIDA, *Uma teoria da Justiça – Justificação do Ministério Público no contencioso administrativo*, RMP, n.º 84, 2000, pp. 95 e segts.

em Portugal vem merecendo epítetos de originalidade relativamente a sistemas congéneres. São condições que anunciam dificuldades no tratamento da matéria que, para além do mais, conta com a intencional indefinição legislativa quanto aos limites da arbitrabilidade das questões jurídico administrativas.

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

2. Arbitrabilidade e direito administrativo

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

A equiparação constitucional, todavia, não é absoluta³, desde logo, porque os tribunais arbitrais não são órgãos de soberania, não dispõem de *imperium*⁴, nem os seus decisores estão sujeitos por lei às mesmas garantias de imparcialidade e independência⁵, não sendo de estranhar que a própria

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

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

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

⁵ CARLA AMADO GOMES, *Uma ação chamada... ação: apontamento sobre a reductio ad unum (?) promovida pelo anteprojecto de revisão do CPTA (e alguns outros detalhes)*, c-Publica, n.º2, 2014, p. 6. Dando nota prática disso, vejam-se, a título de exemplo, os acs. o TCAS, de 16-02-2017, no Proc. n.º 20011/16.3BCLSB (caso “Feira Popular”, opondo uma empresa imobiliária ao Município de Lisboa) e de 30-08-2016, no Proc. n.º 13580/16 (caso TGV, opondo ao Estado um consórcio de empresas concorrente à concessão), ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

*Lei da Arbitragem Voluntária (LAV)*⁶ salvedade da sua aplicação matérias que possam, por lei, ser cometidas à competência exclusiva dos tribunais do Estado e que, mesmo no quadro do direito privado, circunscreva a arbitrabilidade aos “litígios respeitantes a interesses de natureza patrimonial” ou outros relativamente aos quais “as partes possam celebrar transação”⁷.

Há certamente especificidades próprias do direito administrativo que levam a que não se reconheça ao Estado e demais entes públicos, a possibilidade de participação em arbitragens situadas para além dos litígios de direito privado, a menos que o façam devidamente “autorizados por lei”, como reconhece a própria LAV⁸.

Embora se compreenda que a sujeição do Estado a tribunais privados possa ser vista como um sinal de acrescida garantia de independência no julgamento de litígios de particulares ante o poder público, custa aceitar que órgãos não soberanos (e mais do que isso, privados) possam sindicat o exercício de poderes que são expressão da soberania do Estado como acontece com os poderes de autoridade da administração. Recordam-se aqui as palavras do Tribunal Constitucional no acórdão n.º 230/2013, quando, aceitando a arbitrabilidade de questões de autoridade, não deixa de decidir que o julgamento dessas matérias deve sempre passar por uma *última palavra dos tribunais estaduais*, impondo o direito de recurso⁹.

Se o direito administrativo cuida de direitos de particulares sobre a Administração, envolvendo aí uma multiplicidade de interesses patrimoniais

⁶ Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro (LAV).

⁷ Artigo 1.º, n.ºs 1 e 2 da LAV. Estes limites, a entenderem-se aplicáveis às arbitragens de direito público, poderiam afastar parte das críticas apontadas ao atual excesso do âmbito legal da *arbitrabilidade administrativa*, pois só seriam arbitráveis os litígios ou questões de direito administrativo envolvendo interesses patrimoniais ou interesses passíveis de ser transacionados (v.g. atos que possam ser substituídos por contratos). Todavia, a interpretação mais consensual parece ser a de que a LAV remete para lei especial o próprio desenho da arbitrabilidade de direito público sem lhe endossar qualquer limite à partida.

⁸ Artigo 1.º, n.º 5 da LAV.

⁹ Ac. TC n.º 230/2013, D.R. n.º 89, Série I de 2013-05-09. O aresto discorre em tema de arbitragem *necessária*, mas anota que as suas observações valem “não apenas por se tratar de decisões adotadas no âmbito de uma arbitragem necessária, mas também pela natureza dos direitos e interesses em jogo e pelo facto de estar em causa o exercício de poderes de autoridade delegados”.

e transigíveis, típicos da arbitragem, ele trata igualmente do regular exercício dos poderes públicos no seu desempenho por via unilateral, não consensualizada e no uso de prerrogativas de autoridade – ordens, proibições, sanções, *etc.* – em contexto que transcende direitos subjetivos, onde desponta a necessidade de tutelar a legalidade objetiva e o *interesse público* em sentido objetivo e independente do modo concreto como a Administração em cada momento e contexto o figura. Existe, assim, um núcleo de interesses no universo do direito administrativo em que a admissão da arbitragem requer uma especial atenção, justificando-se que «o caderno de encargos» que é confiado aos julgadores privados deva ser mais exigente relativamente ao das arbitragens reguladas na LAV sob a égide do direito privado¹⁰.

Do ponto de vista do legislador, a questão pode em certa medida repousar, mais do que em saber se tais questões ou litígios podem ser *arbitráveis*, no apurar do «como» devem ser julgados, o que permite antecipar a superveniente questão de saber se o figurino de uma arbitragem desenhada pelo legislador com apertadas condicionantes e exigências (v.g. ao nível da escolha dos árbitros, da imposição do direito aplicável, da disciplina processual imposta, *etc.*), será ainda uma “arbitragem” ou se quadrará melhor na qualificação de um tribunal administrativo especial¹¹.

3. A arbitragem administrativa no CPTA

3. O endosso que a LAV faz para lei especial no que concerne a arbitragens de direito público envolvendo o Estado e entes públicos, envolvendo o próprio recorte das matérias arbitráveis, foi acolhido no Título VIII do

¹⁰ Note-se que mesmo no sistema de direito inglês, vem sendo chamada a atenção para os acrescidos riscos para o interesse público em resultado de as arbitragens se encontrarem exclusivamente desenvolvidas sob o paradigma do direito privado. v. STAVROS BREKOULAKIS e MARGARET B. DEVANEY, *Public-Private Arbitration and the Public Interest Under English Law*, *Modern Law Review*, 11.11.2016, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2868024>.

¹¹ Veja-se, em particular quanto à escolha dos árbitros, em arbitragens necessárias, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, 2005, pp. 570 e segts.

Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)¹². A este respeito, o CPTA desenhou um quadro *amplissimo* para as matérias passíveis de justiça administrativa arbitral, prevendo a arbitrabilidade de questões respeitantes a contratos e a responsabilidade civil extracontratual (excluindo prejuízos decorrentes do exercício da função política e legislativa ou jurisdicional), de questões de respeitantes a relações jurídicas de emprego público (excluindo acidentes de trabalho ou doenças profissionais) e de todas as “*questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário*”.

Esta abertura possibilita que, atualmente – e enquanto não vier a existir “*determinação legal em contrário*”¹³ –, toda e qualquer questão relativa à validade de qualquer tipo de ato administrativo possa, no critério do legislador, ser decidida por via arbitral¹⁴.

Dentro deste alargado universo, o legislador do CPTA reconheceu como especificidades da arbitragem administrativa, essencialmente (i) a necessidade de aceitação do compromisso arbitral por parte de contrainteressados, quando existam, (ii) a impossibilidade de julgar *questões de legalidade* recorrendo à equidade e (iii) a imposição de publicidade das decisões arbitrais transitadas em julgado¹⁵. No mais, quanto às regras relativas à *constituição* do tribunal arbitral e à disciplina do seu *funcionamento*, valem

¹² Artigos 180.º e segts. do CPTA. Este quadro legal é ainda complementado e ampliado relativamente ao contencioso contratual, pelo Código dos Contratos Públicos (CPP).

¹³ Note-se que não se trata aqui de uma incompatibilidade com a “natureza das situações controvertidas” como chegou a ser sugerido para a redação da norma – v. SÉRVULO CORREIA, *A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública*, Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, 2014, p. 696. Ainda assim, parece-nos possível identificar questões de direito público inarbitráveis *por natureza*, à margem da sua identificação pelo legislador.

¹⁴ Afastando qualquer desconformidade constitucional nesta abertura, que estende à própria condenação à prática de atos, v., entre outros, TIAGO SERRÃO, *A arbitragem no CPTA revisto: primeiras impressões*, Comentários à Revisão do CPTA e do ETAF, Coord. Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 2.ª ed. 2016, pp. 271 e segts.

¹⁵ O artigo 182.º do CPTA consagra ainda a especificidade relevante da previsão de um direito *de exigir* da Administração um compromisso arbitral, embora tal “direito” esteja condicionado aos *casos* e aos *termos* previstos na lei, o que vem sendo interpretado pela generalidade da doutrina como referindo-se à previsão de futura lei.

as regras da arbitragem voluntária “*com as devidas adaptações*”¹⁶, o que significa que o legislador não identificou as regras de funcionamento dos tribunais arbitrais (tal como estas possam resultar da autonomia das partes e do regime instituído na LAV), como passíveis de direta aplicação, sem ajustes, à arbitragem administrativa, havendo para esse efeito que considerar a disciplina própria do contencioso administrativo.

Não parece que, por essa via, buscando as adaptações devidas à LAV para a sua aplicação ao funcionamento da arbitragem administrativa, se possa defender de *jure constituto* a participação do MP na arbitragem administrativa em termos análogos aos que se encontram previstos no CPTA para a ação administrativa¹⁷. Mas pensando no extenso leque de matérias atualmente arbitráveis, ocorre questionar se não existirá um nível mínimo de participação que possa e deva ser reconhecido ao MP na arbitragem administrativa, pelo menos em arbitragens que revelem intensa conexão ao interesse público?

Deverá entender-se que a arbitrabilidade de algumas questões nucleares da jurisdição administrativa, situadas para além dos interesses privados das partes, impõe como condição a presença do MP no processo arbitral, ou será antes de reconhecer que, afinal, a presença do MP, sempre que é imposta por lei no processo administrativo regulado (ou aí legitimada a sua intervenção), deverá ser vista como um sinal intransponível de *inarbitrabilidade* do litígio?¹⁸ Será que o facto de um certo litígio legitimar o exercício da ação pública não deveria conduzir à afirmação legislativa da sua não arbitrabilidade? Ou imporá antes a presença do MP na arbitragem?

¹⁶ Artigo 181.º do CPTA.

¹⁷ VASCO MOURA RAMOS, *Algumas considerações sobre a arbitragem de litígios respeitantes à validade de atos administrativos (à luz do regime resultante do CPTA)*, Arbitragem e Direito Público, 2015, pp. 281 a 288.

¹⁸ v. O artigo 150.º do Decreto de 21 de maio de 1840, estabelecia a arbitrabilidade de causas sobre direitos disponíveis “*e em que não houver lugar a intervenção do Ministério Público*”. Em Itália, o D. L. 5/2003, artigo 34.º determina que não podem ser objeto de arbitragem os litígios relativamente aos quais a lei preveja que o MP tenha intervenção obrigatória.

4. A missão constitucional de defesa da legalidade pelo MP

4.1. Enquadramento

4. A Constituição da República Portuguesa (CRP) atribui ao MP a missão de “defesa da legalidade democrática” (artigo 219.º da CRP), sendo nesta legalidade que se funda o Estado Português¹⁹, incumbindo à função jurisdicional reprimir a sua violação, para além de assegurar a defesa de direitos e interesses e de dirimir conflitos de interesses²⁰. Este vínculo constitucional é concretizado no Estatuto do Ministério Público (EMP) que reconhece ao MP a competência para intervir em *todos* os processos *que envolvam interesse público* e competências de fiscalização e de promoção em diversos domínios²¹. O mesmo sucede com legislação especial dispersa que atribui ou reconhece ao MP esse mesmo papel em áreas que vão desde a própria atividade privada ao exercício do poder público administrativo, legislativo e judicial (v.g. na fiscalização da legalidade de negócios jurídicos, de atos, regulamentos e contratos administrativos, leis, etc.). Também o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF)²² e a legislação processual vigente, quer o Código de Processo Civil (CPC), quer o CPTA, entre outros, consagram, em maior ou menor medida, a intervenção do MP no processo, seja como parte, seja no papel de auxiliar do juiz.

No domínio do contencioso administrativo, o MP fiscaliza a legalidade dos atos e contratos administrativos que, a seu critério, entenda serem ofensivos da legalidade²³, bem como a legalidade dos regulamentos

¹⁹ Artigo 3.º, n.º 2 da CRP – O Estado *funda-se na legalidade democrática*.

²⁰ Artigo 202.º, n.º 2 da CRP.

²¹ Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, com últimas alterações pela Lei n.º 9/2011, de 12 de abril, em especial as alíneas c), f), g), j), l) e o) do artigo 3.º.

²² Nos termos do artigo 51.º do ETAF, compete ao MP, além do mais, “defender a legalidade democrática e promover a realização do interesse público”.

²³ As iniciativas legislativas para a consagração de um critério legal para a impugnação de atos administrativos pelo MP nunca passaram dos *anteprojetos*, chocando sempre com os alarmes do “ataque à autonomia” do MP. No caso dos contratos administrativos, o critério que existia para impugnação da sua validade foi arreadado com a revisão ao CPTA

administrativos, sindicando também a legalidade das decisões dos tribunais administrativos, impugnando-as mesmo que não tenha sido parte do processo²⁴, sendo que, fazendo-o, está ainda a sindicá-las, em segundo grau, a atividade administrativa, defendendo a legalidade.

No que concerne à vertente de fiscalização da função jurisdicional, o EMP assegurou-a amplamente e para além do contencioso administrativo, com a previsão expressa da competência do MP para “*recorrer sempre que a decisão seja efeito de conluio das partes no sentido de fraudar a lei ou tenha sido proferida com violação de lei expressa*”²⁵. Nesta mesma vertente, o EMP confere ao MP a competência para “*defender a independência dos tribunais*” e “*velar para que a função jurisdicional se exerça em conformidade com a Constituição e as leis*”²⁶, competências que são complementadas e reforçadas em diversa legislação especial, como é o caso do CPTA.

4.2. O MP no atual modelo de contencioso administrativo

5. Atualmente, no domínio de aplicação do CPTA, o MP é notificado para os termos da instância *em todas* as ações administrativas em que não seja parte, sendo-lhe sempre fornecida, no momento da citação dos demandados, cópia da petição e dos documentos que a instruem²⁷. O MP pode pronunciar-se sobre o mérito das causas, quer “*em defesa de direitos fundamentais*”, quer em defesa “*de interesses públicos especialmente relevantes*”, ou ainda em defesa dos valores ou bens que justificam a *ação popular*. Nos processos impugnatórios, goza ainda do poder de acrescentar causas de invalidez

operada pelo D.L. n.º 214-G/2015, de 2 de outubro. v. PAULO DIAS NEVES, *Notas sobre a defesa da legalidade pelo Ministério Público no CPTA revisto*, Comentários à revisão do ETAF e do CPTA, Coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, 2.ª ed., 2016, pp. 317-340.

²⁴ Artigos 141.º, 152.º, n.ºs 1 e 7 e 155.º do CPTA.

²⁵ Artigo 3.º, n.º1, al. o) do EMP.

²⁶ Artigo 3º, alínea f), do EMP.

²⁷ Artigo 85.º, n.º 1 do CPTA. Antes, é publicada a distribuição – v. 209.º, n.º2 do CPC e 1.º do CPTA.

às alegadas pelo autor e solicitar diligências de prova. E pode, ainda – muito relevantemente –, assumir a posição do autor, em caso de desistência ou extinção da lide por facto imputável ao autor, estando especialmente prevista uma vista final do processo ao MP para esse efeito²⁸.

Ainda de acordo com o regime processual previsto no CPTA, o MP pode interpor recurso de qualquer decisão se esta “*tiver sido proferida com violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais*”²⁹.

Ao MP são oficiosamente notificadas *todas* as decisões finais que sejam proferidas em quaisquer causas³⁰, por força do preceituado no artigo 252.º do CPC, norma com aplicação subsidiária ao contencioso administrativo (v. artigo 23.º do CPTA), completando por essa via a garantia de exercício da função fiscalizadora pelo MP sobre as decisões judiciais que colocam termo aos processos.

Para além das decisões finais, são também notificadas ao MP quaisquer decisões, mesmo que interlocutórias, que possam suscitar recursos obrigatórios por força de lei. É o que deve suceder, desde logo, com as decisões que recusem aplicar normas com fundamento na sua inconstitucionalidade, ou que apliquem normas julgadas inconstitucionais, como adiante veremos. É o que sucede também com as decisões que desapliquem normas emitidas ao abrigo de disposições de direito administrativo com fundamento na sua ilegalidade e das decisões que em 1.ª instância declarem a ilegalidade de tais normas com força obrigatória geral³¹, devendo neste caso ser remetidas pela secretaria certidões das sentenças (v. artigo 73.º, n.º 5 do CPTA).

²⁸ Artigo 62.º do CPTA.

²⁹ Artigo 141.º do CPTA, fórmula que não se cinge ao universo dos recursos obrigatórios previstos na CRP e na LCT.

³⁰ A redação do preceito é a seguinte: “Para além das decisões finais proferidas em quaisquer causas, são sempre oficiosamente notificadas ao Ministério Público quaisquer decisões, ainda que interlocutórias, que possam suscitar a interposição de recursos obrigatórios por força da lei.”

³¹ Um exemplo de declaração de ilegalidade de norma regulamentar, com força obrigatória geral, em decisão proferida por um tribunal arbitral, pode ser colhido na decisão do TAD no proc. n.º 18/2016, de 04.01.2017. A decisão está publicada em www.tribunalarbitraldesporto.pt.

6. Este papel relevante que o CPTA reserva ao MP no contencioso administrativo, não deixa de espelhar “direito constitucional concretizado”, sinalizando que a CRP, mais do que não determinar o desaparecimento total da “dimensão objetivista” da justiça administrativa, impõe a sua subsistência, a par do amplo reconhecimento de vias de tutela de direitos e interesses particulares³². E embora a CRP não imponha este concreto figurino de intervenção do MP no processo administrativo para tutela da legalidade objetiva e de interesses não individualizados, decorre da CRP um vínculo no sentido de se reconhecer ao MP um papel na justiça administrativa – estadual e arbitral –, em expressão suficiente e adequada para tornar possível o desempenho da sua missão constitucional de defesa da legalidade nesta área, cuidando da legalidade objetiva e do interesse público.

4.3. A ausência do MP nos tribunais arbitrais

7. Nem a LAV, nem o EMP, nem as leis de processo e de organização judiciária, preveem a representação do MP junto de tribunais arbitrais³³, muito menos um qualquer nível de intervenção pelo MP nesses tribunais, solução que vem sendo também a adotada nas estruturas de arbitragem pública que vêm sendo institucionalizadas – v.g. os casos do *CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa* (Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro), ou do *Tribunal Arbitral do Desporto* (Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro).

A questão já foi, por mais de uma vez, objeto de análise pelo Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, muito embora sempre no

³² JORGE MIRANDA, *Os parâmetros constitucionais da reforma do contencioso administrativo*, A Reforma do Contencioso Administrativo, p. 366, bem como a intervenção de SÉRVULO CORREIA, *A Reforma...*, p. 69. v. também, SÉRVULO CORREIA *Direito do Contencioso Administrativo I*, 2005, pp. 637 e segs.

³³ De acordo com o artigo 4.º do EMP, a representação do MP nos tribunais é feita pelo Procurador da República no STA, por procuradores-gerais-adjuntos nos tribunais Centrais Administrativos e por procuradores da República e procuradores-adjuntos nos tribunais administrativos de círculo, sendo o MP representado «nos demais tribunais nos termos da lei.»

prisma do desempenho pelo MP da sua função de *representação do Estado* e não no distinto papel de defensor da legalidade. Concluiu tal órgão consultivo que “os tribunais arbitrais, como tribunais, em regra, “*ad hoc*” que são –, e especialmente vocacionados para dirimir conflitos relativos a interesses disponíveis, não comportam obviamente que junto deles funcionem magistrados do Ministério Público.” (v. Parecer n.º 74/91³⁴) e que “a lei só prevê que o Ministério Público represente organicamente o Estado-Administração junto dos tribunais judiciais e administrativos em que funcione” (v. Parecer n.º 114/2003³⁵).

Ora, não existindo um quadro de magistrados do MP capaz de assegurar que este órgão possa exercer competências junto dos tribunais arbitrais, tal interfere não apenas com o exercício das suas eventuais funções representativas do Estado, mas também com o exercício da sua função de defesa da legalidade, para nós muito mais relevante e intensamente ligada à missão constitucional do MP³⁶.

Como avisadamente foi observado ainda na fase de discussão pública da reforma que conduziu à publicação do CPTA, passando a admitir-se arbitrabilidade de questões de legalidade e fazendo-o mediante uma insuficiente habilitação – por singela via remissiva para a LAV, “com as

³⁴ Parecer n.º 74/1991, de 21 de novembro, D.R., 2.ª Série, n.º 116, de 20 de maio de 1992, a respeito da representação do Estado em ações emergentes de contratos de investimento estrangeiro em tribunais arbitrais.

³⁵ Parecer n.º 114/2003, de 11 de março, D.R. n.º 134/2005, Série II de 14 de julho de 2005, a respeito da representação de incapazes em tribunais arbitrais. Ainda com interesse, vejam-se os Pareceres n.º 10/2005, de 2 de setembro, quanto à (não) representação do Estado nos Julgados de paz, e n.º 33/2011, de 12 de outubro, quanto à representação do MP em procedimentos de injunção, este concluindo caber ao MP competência para representar o Estado nesse contexto, imputando tal competência ao magistrado junto do tribunal judicial competente para o julgamento da causa em caso de oposição.

³⁶ A questão é também patente na área cível, anotando Lopes do Rego que “poderá constituir um sério “défice” à plenitude da realização das funções processuais do MP na área cível a não instituição de um quadro orgânico de representação” junto dos tribunais arbitrais – v. LOPES DO REGO, *Representação do Estado, interesses difusos e colectivos: os obstáculos à plena atuação das competências do Ministério Público na jurisdição cível*, VII Congresso do Ministério Público: A responsabilidade comunitária da Justiça; o papel do Ministério Público, SMMP, 2008, p. 181.

devidas adaptações” –, não deveria esquecer-se o papel do MP como uma das condicionantes dessa abertura³⁷.

Todavia, o legislador alheou-se do reconhecimento de qualquer tipo de papel ao MP nas arbitragens administrativas, quando, segundo autorizada doutrina, “deveria ter-se assegurado a defesa da legalidade democrática através da intervenção do Ministério Público em todos esses órgãos”, por se tratarem de “órgãos da jurisdição administrativa” cuidando de “matérias de direito público, e de interesse público”³⁸.

Como a este propósito também sugeriu Sérvulo Correia, ainda antes da revisão operada ao CPTA pelo D.L. n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, o legislador deveria “pensar na articulação entre as missões constitucionais do Ministério Público e a arbitragem administrativa”, estendendo ao processo arbitral administrativo o regime de intervenção do MP nos tribunais estaduais “com os arranjos processuais necessários à fluidez do relacionamento entre o tribunal arbitral e o agente do Ministério Público competente”, sugerindo o Autor o reconhecimento ao MP de legitimidade para interposição do recurso de uniformização de jurisprudência, bem como “legitimidade para pedir a anulação da sentença arbitral administrativa nos termos do artigo 46.º da LAV”³⁹.

Procurando algum apoio na lei atualmente vigente para nela fundar a intervenção do MP na arbitragem administrativa, alguns Autores defendem ser essa uma das “*devidas adaptações*” que deve ser feita às normas de funcionamento previstas na LAV, como previsto no artigo 181.º do CPTA⁴⁰,

³⁷ JOÃO MARTINS CLARO, *A arbitragem no anteprojecto do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, CJA, n.º 22, 2000, p. 84.

³⁸ J. A. DIMAS DE LACERDA, *A revista do Ministério Público e a reforma do contencioso administrativo*, Revista do Ministério Público, n.º 97, 2004, pp. 7 a 16.

³⁹ SÉRVULO CORREIA, *A representação das pessoas colectivas na arbitragem administrativa*, Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, 2015, pp. 131 e 132. Já anteriormente, o Autor havia apresentado outras sugestões, incluindo a da notificação ao MP das sentenças arbitrais anulatórias de atos administrativos – v. *Direito Administrativo I*, 2005, p. 688 e ainda, *A arbitragem...*, pp. 683 a 720.

⁴⁰ VASCO MOURA RAMOS, *Ob. Cit.*, pp. 281 a 288. No sentido de existir uma adesão implícita do MP à convenção de arbitragem, possibilitando a sua intervenção com fundamento no artigo 36.º da LAV, veja-se, SUHEIL MAHOMED SALÉM, *Arbitragem administrativa: o papel conferido ao Ministério Público no processo arbitral*, e-Publica, Vol. 3, n.º 2, 2016, p. 287, in www.e-publica.pt.

entendimento que não afasta o vazio de competências funcionais no que respeita à representação do MP (artigo 4.º, n.ºs 1 e 2 do EMP).

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

8. A ausência do MP do funcionamento de tribunais arbitrais pode ser compreensível e desejável em litígios de direito privado⁴², o mesmo podendo dizer-se quanto à sua não intervenção na tramitação de litígios jurídico-administrativos que cuidem exclusivamente de interesses privados ou onde o único interesse público presente seja a outorga de direitos particulares.

Parece também possível aceitar-se, pelo menos de um ponto de vista constitucional, que o julgamento arbitral envolvendo a legalidade de atos administrativos, se possa processar sem que ao MP seja conferida uma participação processual em moldes idênticos aos que se encontram hoje previstos no CPTA, não sendo tal modelo de intervenção, como vimos já, uma imposição constitucional.⁴³

Mas aceitar que o MP não participe no processo tramitado nos tribunais arbitrais, não significa que este deva ficar arredado do resultado da atividade jurisdicional neles praticada. Como órgão defensor da legalidade, há de

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

⁴² Já houve quem no Séc. XVII comparasse a intervenção do MP no processo civil à introdução de órgãos musicais nas Igrejas, notando que só serviam para alongar a cerimónia – v. ROBERT VOUIN, *Le ministère public dans l'exercice de sa "magistrature particulière" en matière répressive*, Journal des Tribunaux, n.º 3968, 1953, p. 83, cit. A. MEUUS, *Le Rôle du Ministère Public en Droit Judiciaire Privé*, in *Procesrecht vandaag*, Referatenboek Postuniversitaire Cyclus Procesrecht, Gent-Antwerpen 1979-1980, 1980, p. 161, disponível em www.tpr.be/content/1980/1980-143.pdf.

⁴³ Todavia, uma solução de coexistência de duas vias processo alternativas, uma incluindo a presença do MP e outra, excluindo-a, entregando às partes a escolha do modelo, não deixaria de ser perturbadora e contra o sistema, como assinala VASCO MOURA RAMOS, *Ob. cit.*, p. 273 e 274.

ser reconhecido ao MP o poder de avaliar tais decisões e de as impugnar no exercício das suas competências constitucionais e estatutárias. Esse «grau mínimo» de intervenção do MP na arbitragem administrativa deve ser reconhecido pelo legislador – impõe-se-lhe constitucionalmente –, não apenas para debelar situações de conluio ou falta de zelo das entidades administrativas, mas para impugnar qualquer decisão violadora da lei, em defesa da legalidade e do interesse público.

4.4. A tutela judicial efetiva da ação pública

9. A CRP, ao estabelecer o direito de acesso aos tribunais, não garante um direito de recurso para a tutela generalizada de direitos, mas em certas circunstâncias a privação de um segundo grau de jurisdição interfere com o direito constitucional do acesso ao direito e à tutela judicial efetiva (artigos 20.º, n.º1 e 268.º, n.º4 da CRP). Tal sucede, entre outros, nos casos das sentenças penais condenatórias ou estando em causa direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga⁴⁴, podendo suscitar-se a mesma questão a respeito de soluções legais que, por ação ou omissão, neguem ao MP o acesso aos tribunais para impugnação de decisões em defesa da legalidade, do interesse público e de valores coletivos, ou que em geral excluam a impugnação de decisões arbitrais em questões de legalidade.

Estando em causa sentenças proferidas por tribunais arbitrais, à perspetiva das situações que substantivamente possam impor o reconhecimento de um direito de recurso, pode somar-se a da exigência de uma pronúncia por parte dos tribunais do Estado, muito especialmente no julgamento de litígios em matérias que envolvam a legalidade de atuações de poderes públicos.

A este título registam-se as palavras do Tribunal Constitucional no acórdão n.º 230/2013, no sentido de que “a intervenção de órgãos judiciais do Estado torna-se particularmente exigível quando se trate de assegurar, no quadro regulatório da atuação de entidades privadas investidas em poderes públicos, a sua vinculação à lei e aos princípios materiais de

⁴⁴ Exemplificativamente, o Ac. TC n.º 280/2015, D.R. n.º 115/2015, Série II, de 2015-06-16.

juridicidade administrativa, e, desse modo, também, a adequada fiscalização do desempenho da tarefa pública que lhes incumbe”⁴⁵. Para o TC, a circunstância de estarem “implicados poderes de autoridade que resultam de uma transferência de responsabilidade no exercício de uma certa tarefa pública, de que o Estado é ainda o titular e por cuja execução continua a ser o garante, justifica que se invoque uma reserva relativa de juiz que proporcione aos tribunais estaduais a última palavra na resolução de litígios que resultem dessa intervenção administrativa delegada”. Com base neste entendimento, o TC julgou inconstitucional a falta de previsão de um recurso das decisões do Tribunal Arbitral do Desporto para os tribunais estaduais, tendo tal jurisprudência vindo a ser confirmada em posterior aresto que considerou não ser suficiente para garantir o direito de acesso e também os princípios da proporcionalidade e da tutela judicial efetiva, a previsão de recursos excecionais da decisão arbitral⁴⁶.

O citado acórdão do TC n.º 230/2013 discorreu a respeito do direito de recurso “das partes” na arbitragem e em contexto de “arbitragem necessária”, muito embora tenha deixado claro que a violação do direito de acesso aos tribunais se deteta “não apenas por se tratar de decisões adotadas no âmbito de uma arbitragem necessária, mas também pela natureza dos direitos e interesses em jogo e pelo facto de estar em causa o exercício de poderes de autoridade delegados”. Registe-se que as restrições ao direito de acesso aos tribunais, sendo admissíveis, deverão ser justificadas, proporcionais e razoáveis.⁴⁷

⁴⁵ Ac. TC n.º 230/2013, D.R. n.º 89, Série I de 2013-05-09, proferido em sede de apreciação preventiva da constitucionalidade da lei que instituiu o Tribunal Arbitral do Desporto. Na mesma linha se pode apontar o Ac. TC n.º 177/2016, que discorre que “se não for possível sindicatar juridicamente a decisão de um tribunal arbitral tributário que, à revelia do quadro regulamentar estabelecido, se considere competente numa certa matéria, então tal significará que não existe nenhuma forma de assegurar que funções tributárias que o Estado deve exercer não lhe serão “confiscadas”, sem controlo por um tribunal do Estado.”

⁴⁶ Ac. do TC n.º 781/2013, D.R. n.º 243, Série I, de 2013-12-16 que declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de normas integrantes da Lei que aprovou o TAD.

⁴⁷ Quanto à “duvidosa constitucionalidade” da imposição de renúncias a recursos em contratos de concessão e PPP’s, v. ISABEL CELESTE FONSECA, *A arbitragem administrativa*:

10. Ora, este direito de acesso aos tribunais e esta garantia de tutela judicial efetiva, estendem-se igualmente à ação pública que assiste ao MP para defesa dos interesses cuja defesa este prossegue⁴⁸, incluindo a fiscalização da legalidade de decisões arbitrais em matéria administrativa. Aliás, no caso do MP, este não participa de qualquer forma do processo arbitral, nem é aí representado, o que só intensifica a necessidade de lhe ser reconhecido o direito de recurso da decisão arbitral, para além de que, nem é aceitável que por vontade de terceiros fique privado do exercício das suas funções, nem lhe é admissível que renuncie a recursos⁴⁹.

Não parece, pois, que ao MP deva ser subtraída a possibilidade de impugnar a globalidade das decisões arbitrais proferidas em sede de relações jurídico-administrativas, especialmente as que envolvam o julgamento de questões de legalidade e em particular as relativas a atos de autoridade da administração. Note-se que esse mesmo direito de raiz constitucional, é-lhe materializado pelo legislador do CPTA para recorrer das decisões dos tribunais do estado sempre que estas se mostrem “*proferidas com violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais*”⁵⁰.

Estando em causa matérias em relação às quais a lei reconhece ao MP um *irrestrito* direito de ação pública (e é, por exemplo, o caso da impugnação de atos administrativos), parecendo constitucionalmente admissível que lhe seja excluída uma participação no processo arbitral desenhada em termos similares aos que se encontram desenhados no CPTA, já não parece tolerável que lhe possa ser subtraído o direito de recorrer da decisão arbitral em defesa da legalidade.

Tal representaria, de um só passo, uma violação ao direito de tutela judicial efetiva, na sua vertente ligada à defesa da legalidade objetiva, mas

uma realidade com futuro? e ANA PALHARES, *A arbitragem e a renúncia dos entes públicos ao direito de acesso aos tribunais do Estado*, ambos os estudos, in *A arbitragem administrativa e tributária – problemas e desafios*, 2013, respetivamente, pp. 159 e segts. e 41 e segts.

⁴⁸ VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 14.ª ed., 2015, p. 146.

⁴⁹ A proibição de renúncia é expressamente afirmada no artigo 632.º n.º 4, do CPC, mas já decorreria dos artigos 291.º da CRP, 1.º a 3.º do EMP, 51.º do ETAF e da natureza da sua função constitucional.

⁵⁰ Artigo 141.º, n.º1 do CPTA.

também uma ofensa à missão do MP tal como se encontra prevista na Constituição. Uma tal solução normativa, a ter-se como consagrada no sistema legal vigente, atentaria contra uma interpretação conjugada do disposto nos artigos 219.º e 20.º da CRP.

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

Neste contexto, é inegável que a possibilidade de recorrer, em defesa da legalidade e da boa administração da justiça, é uma das dimensões mais importantes da concretização da função constitucionalmente cometida ao Ministério Público.”⁵¹

O mesmo aresto, retomando anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional, apela à conexão entre os artigos 219.º e 20.º, n.º 1 da CRP, no sentido de afirmar que o direito de acesso à justiça, existe para além da sua subjectivização em posições individuais, concluindo que “a incumbência constitucional” do MP “implica que lhe seja garantido o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva, consagrados no artigo 20.º da Lei Fundamental”. E prossegue o mesmo acórdão afirmando que o direito de acesso à justiça é “um valor tutelável em si mesmo”, ancorado a um “princípio geral da realização do direito atuado pelos órgãos estaduais com competência nesta matéria. É em função da plena observância deste princípio e do valor que ele encerra que o Ministério Público tem o poder-dever de interpor recurso, quando entende que uma decisão judicial não assegura a sua realização”⁵². Ou seja, “os padrões valorativos que inspiram o artigo 20.º da Constituição, eles próprios expressão de uma exigência geral de realização e preservação do princípio do Estado de Direito, não podem deixar de ser convocados pura e

⁵¹ Acórdão do TC n.º 436/2016, D.R. n.º 197/2016, Série II de 2016-10-13. Vejam-se ainda os acórdãos do TC n.º 530/01, n.º 538/2007 e n.º 160/2010.

⁵² Acórdão do TC n.º 436/2016. Vejam-se também os votos de vencido dos Conselheiros Maria Fernanda Palma e Guilherme da Fonseca, no acórdão do TC n.º 530/01 e do Conselheiro Rui Moura Ramos, no acórdão do TC n.º 160/2010.

simplesmente por estar em causa uma posição processual do Ministério Público”⁵³.

Impõe-se, portanto, reconhecer ao MP a prerrogativa de impugnar decisões arbitrais em defesa da legalidade, do interesse público e de bens e valores coletivos cuja tutela lhe está constitucionalmente confiada.

5. As vias de impugnação da decisão arbitral pelo MP

11. O quadro normativo consagrado para a impugnação de decisões arbitrais em sede de arbitragem administrativa é o que resulta da remissão que faz o artigo 185.º-A do CPTA, para “os termos” e para “os fundamentos” estabelecidos na LAV, regendo nesta matéria os seus artigos 46.º e 39.º, n.º4. A LAV consagra duas vias de impugnação da decisão arbitral pelas partes. Por um lado, “o recurso” – destinado a obter o reexame do mérito da decisão, obstando ao caso julgado e à execução da sentença. Por outro lado, “a ação de anulação” que não envolve o reexame do mérito, nem contende com o trânsito em julgado da decisão e respetiva execução.

Relativamente ao “recurso”, vigora a regra de acordo com a qual, ele não é admissível quando o tribunal decida com recurso à equidade (artigo 39.º, n.º4 da LAV). Não havendo recurso à equidade, as decisões arbitrais só serão passíveis de recurso pelas partes se estas assim o tiverem convencionado expressamente⁵⁴. A impugnação-regra da decisão arbitral, faz-se, portanto, por via da ação de anulação, confirmando o que é, afinal, uma característica matricial das arbitragens «comuns» no sentido de impedir o reexame da decisão arbitral, dado que foram as partes que quiseram submeter o *seu* litígio à decisão (última) dos árbitros que elas próprias escolheram⁵⁵.

⁵³ Voto de vencido do Conselheiro Rui Moura Ramos, no acórdão do TC n.º 160/2010.

⁵⁴ Artigos 185.º-A e 39.º, 4 da LAV.

⁵⁵ PAULA COSTA E SILVA, *Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito português*, ROA 56, 1996, pp. 188 e 189.

O processo impugnatório corre sempre termos no Tribunal Central Administrativo, junto do qual deverão ser interpostos os recursos⁵⁶, sendo territorialmente competente aquele em cuja circunscrição se situou o local da arbitragem⁵⁷.

Este quadro normativo suscita, entre outras, a questão de saber se ele rege somente para impugnações da iniciativa das partes, ou se em alguma medida poderá também condicionar iniciativas conduzidas pelo MP em defesa da legalidade, questão que, em rigor, se mostra já respondida com o que deixamos expresso no ponto antecedente a respeito da dimensão constitucional do recurso do MP.

Segundo nos parece, o regime da arbitragem administrativa, no quadro traçado pela LAV por remissão do CPTA, não regula, nem se propõe regular, as competências ou a legitimidade do MP quanto à impugnação da decisão arbitral, nem apresenta qualquer norma que contenda com as competências que ao MP são reconhecidas pela CRP e pelo EMP em matéria de ação pública para defesa da legalidade e promoção do interesse público, incluindo a fiscalização da função jurisdicional e os seus direitos e deveres de interposição de recursos. De outro modo, parece-nos, estaria representada uma ofensa aos artigos 219.º e 20.º da CRP e colocada a descoberto uma inconstitucionalidade material, a imputar ao artigo 185.º-A do CPTA, quando interpretado no sentido de excluir em absoluto os recursos do MP de decisões de arbitragem administrativa, em defesa da legalidade.

Assim, independentemente de qualquer previsão da LAV, mantêm-se os poderes que a CRP e o EMP especialmente atribuem ao MP em matéria de fiscalização da função jurisdicional e de impugnação de decisões jurisdicionais, mesmo que as partes tenham acordado não recorrer, ou renunciado ao recurso.

Em paralelo, subjaz à impugnação de decisões arbitrais pelo MP a questão, porventura de natureza mais operacional mas delicada, de saber sobre que “quadro de magistrados” do MP recai a faculdade ou o dever

⁵⁶ J. M. FERREIRA DE ALMEIDA, *O controlo por via de recurso da sentença arbitral em matéria administrativa*, in Liber Amicorum Fausto de Quadros, Vol. II, 2016, pp. 54-55.

⁵⁷ Artigos 59.º n.º1, alínea g), da LAV e do artigo 37.º, alíneas b) e d), do ETAF.

de impugnar a decisão, já que o MP não tem representantes junto dos tribunais arbitrais.

5.1. A legitimidade recursiva prevista no EMP

12. O EMP prevê, a par da competência genérica do MP para “velar para que a função jurisdicional se exerça em conformidade com a Constituição e as leis”, a sua competência específica para recorrer, “*sempre que a decisão seja efeito de conluio das partes no sentido de fraudar a lei ou tenha sido proferida com violação de lei expressa*”⁵⁸.

A impugnação de decisões jurisdicionais prevista na citada norma, inscreve-se nos deveres funcionais do MP e materializa o seu estatuto constitucional, à semelhança do que faz o legislador no CPTA ao reconhecer-lhe legitimidade para recorrer de decisões proferidas pelos tribunais administrativos estaduais, embora o CPTA o faça em moldes mais latos do que aqueles que se encontram previstos no EMP para a generalidade das situações⁵⁹. A interpretação do normativo não autoriza “qualquer visão limitativa ou restritiva, antes até, aponta a latitude da estatuição legal, dentro da sua visão teleológica, em direção inversa, num sentido ampliativo, que não mesmo integrativo”⁶⁰. A norma consagra, por isso, uma legitimidade substantiva⁶¹ especial que é válida para todas as decisões de todos os tribunais, incluindo a justiça administrativa e os tribunais arbitrais cujas sentenças não podem aspirar a uma acrescida definitividade intrínseca relativamente às sentenças dos demais tribunais.

13. A *fraude à lei*, prevista na alínea o) do artigo 3.º, n.º1 do EMP como um dos fundamentos que conferem ao MP legitimidade recursiva especial para impugnação da decisão arbitral, refere-se à criação de situações de

⁵⁸ Artigo 3.º, n.º1, alíneas f) e o), do EMP.

⁵⁹ O artigo 141.º do CPTA reconhece legitimidade ao MP para recorrer com fundamento na “violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais”.

⁶⁰ JOSÉ DIAS BRAVO, RMP n.º 9, 1982, pp. 28 e segts.

⁶¹ RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código do Processo Civil, III*, 1972, p. 227.

facto ou de direito com o propósito de obter “por via indireta” o mesmo resultado que a lei pretende evitar ou impedir por normas imperativas, assistindo ao MP o poder-dever de interpor recurso da decisão arbitral sempre que se lhe revele que as partes concertadamente fizeram uso do processo de arbitragem para, através do caso julgado, contornarem normas imperativas, fazendo desse modo um uso reprovável do processo arbitral. Trata-se de um fundamento que não é desconhecido da arbitragem, assinalando Raúl Ventura que “embora seja pouco previsível a propositura de ações para fazer valer pretensões resultantes de factos destinado ao uso por uma das partes de corrupção ou de tráfico de influências, a prática tem mostrado, sobretudo no campo internacional, ações desse género, quer para a obtenção dos benefícios prometidos quer para reclamações dos resultados pretendidos ou, na falta destes, libertação das obrigações assumidas. É claro que tais questões não aparecem assim “desnudas”, antes cobertas por qualquer diáfano véu de fantasia jurídica”⁶².

14. Já o conceito de “*violação de lei expressa*”, previsto na mesma norma, apresenta um conteúdo muito mais lato, pois embora apele à individualização de uma concreta norma, abrange todo o universo de normas legais, adjetivas ou de direito substantivo, deixando ampla margem para a iniciativa de recurso ao juízo de oportunidade de cada magistrado. É por isso acertada e justificada a observação de Cunha Rodrigues, aconselhando “*um uso moderado desta faculdade*”⁶³, valendo a recomendada prudência mais para decisões no âmbito do direito privado do que para decisões do foro do direito público (sobretudo envolvendo atuações de autoridade) e mais para os tribunais estaduais do que para estes privados aos quais o Estado tenha confiado o exercício da autoridade jurisdicional.

O conceito de “*decisão proferida com violação de lei expressa*” comportará certamente, entre outros, os casos em que a sentença arbitral seja proferida sobre questões ou litígios de direito administrativo que não

⁶² RAÚL VENTURA, *Convenção de Arbitragem*, Revista da Ordem dos Advogados, 46, 1986, p. 336.

⁶³ CUNHA RODRIGUES, *Em nome do Povo*, 1999, p. 212.

sejam arbitráveis ou os casos de sentenças cujo conteúdo ofenda a *ordem pública*, situações que igualmente justificam a anulação oficiosa da decisão arbitral⁶⁴ (e o não reconhecimento de sentença arbitral estrangeira⁶⁵, embora em termos não inteiramente coincidentes⁶⁶), bem como os fundamentos previstos para a impugnação de decisões interlocutórias em que o tribunal se declare competente⁶⁷.

Aliás, quando aplicada ao recurso de decisões arbitrais proferidas em arbitragens administrativas, a norma expressa na alínea *o*) do artigo 3.º, n.º 1 do EMP, impõe uma interpretação que a adeque ao mesmo parâmetro de legitimidade que é reconhecido pelo CPTA para a impugnação de decisões proferidas pelos tribunais administrativos estaduais, não exigindo, assim, a individualização de qualquer preceito legal como violado, bastando-se com a identificação de um princípio legal ou constitucional violado (v. artigo 141.º do CPTA).

É claro que não se trata de promover o ataque a decisões arbitrais por um simples desacordo genérico quanto ao sentido da decisão de mérito,

⁶⁴ Artigo 46.º, n.º 3, alínea *b*), subalíneas *i*) e *ii*) da LAV. Oficiosidade no conhecimento do fundamento, não no impulso processual subjacente à atuação do meio processual, note-se.

⁶⁵ Artigo 56.º, n.º 1, alínea *b*), subalíneas *i*) e *ii*), da LAV.

⁶⁶ Como fundamento de anulação, a lei refere a ofensa à “*ordem pública internacional*”, o que suportará um universo mais restrito de princípios relativamente aos que integram a “*ordem pública interna*”. No entanto, como explica Dário Moura Vicente, a norma consente a interpretação de que o seu sentido “ainda que imperfeitamente expresso, é o de restringir a evicção da sentença arbitral aos casos de violação de princípios jurídicos fundamentais do Direito português”, tanto mais que, aqui, ao contrário do que se passa com o reconhecimento de sentenças estrangeiras, “se tudo se passa no âmbito do sistema jurídico deste Estado, não havendo conexão com outros sistemas jurídicos, o apelo à ordem pública internacional é carecido de fundamento dogmático.” – cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *Impugnação da sentença arbitral e ordem pública*, in Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, Vol. II, 2012, p. 334. Diferente é, ainda, o conceito de “*ordem pública transnacional*”, de perspetiva universal e congregando interesses comuns da humanidade, onde se poderia incluir, entre outras coisas, a proibição da corrupção, a tutela dos direitos do homem proteção do ambiente natural e cultural – v. PIERRE LALIVE, *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*, Revue de l'arbitrage, 1986, n.º 3, pp. 329-374, cit. por ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública*, RMP, 126, 2011, pp. 155 e segs.

⁶⁷ Artigos 18.º, n.º 9, 46.º n.º 3, alínea *a*), subalíneas *i*) e *iii*) e 59.º, n.º 1, alínea *f*) da LAV.

ou de lhes apontar toda e qualquer ilegalidade, mas também não se trata de afirmar uma legitimidade confinada a ilegalidades de gravidade extrema, ofensas de natureza criminal ou à ordem pública internacional do Estado português, sendo de sublinhar que, relativamente à iniciativa processual do MP, não serão justificados receios quanto ao uso desnecessário ou abusivo da impugnação.

5.2. A legitimidade para recursos extraordinários e para a anulação de sentenças arbitrais

15. Não nos parece dever ser negado ao MP o acesso à ação de anulação da decisão arbitral que a LAV prevê no seu artigo 46.º para as partes, sempre que tal via impugnação se revele útil à ação pública em alternativa à via do recurso jurisdicional⁶⁸. Esta impugnação, denominada pela LAV de “ação de anulação” pode, afinal, ser vista como *um recurso* extraordinário, tratando-se de um meio destinado a colocar em crise a decisão arbitral transitada em julgado, revogando-a. O reconhecimento desta via impugnatória ao MP será ainda mais pertinente quando porventura se lhe pretenda negar o acesso a um recurso (ordinário) da decisão arbitral para tutela dos interesses cuja defesa a lei coloca a seu cargo e/ou se lhe feche a porta igualmente ao recurso extraordinário de revisão.

Haverá nesta sede que apurar se os interesses que estão na base da impugnação, são interesses exclusivos das partes – caso em que o MP não deve, nem pode, interferir e atacar a decisão –, ou se retratam interesses que ao MP incumbe constitucional e estatutariamente defender, abrindo-lhe neste caso o acesso ao pedido anulatório. Se o litígio jurídico-administrativo julgado não era “*suscetível de ser decidido mediante arbitragem, de acordo com o direito português*” e tal fundamento justifica que o tribunal possa oficiosamente anular a decisão arbitral, não se vê como se possa excluir de obter tal efeito um órgão que está constitucionalmente encarregue da

⁶⁸ No sentido de não caber legitimidade ao MP, nem a contra-interessados, para peticionar a nulidade da sentença arbitral, v. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Publicidade e Impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa*, in RIAC, n.º 7, 2014, p. 25.

defesa da legalidade objetiva no plano da lei administrativa. E se “o conteúdo da sentença ofender os princípios da ordem pública internacional do Estado português”⁶⁹, tratando-se de valores estruturantes do sistema jurídico e envolvendo interesses fundamentais da comunidade – valores e interesses cuja defesa está constitucionalmente confiada ao MP –, também não se vê como subtrair a este órgão do Estado a possibilidade de promover a anulação com esse fundamento⁷⁰.

Aliás, o combate a fenómenos como a corrupção ou o branqueamento de capitais, conexo com o monopólio de ação pública por parte do MP, integram seguramente “a ordem pública internacional do Estado português”, sendo que uma aproximação do MP à arbitragem administrativa poderia contribuir muito validamente para uma maior articulação entre o exercício da ação penal e a justiça administrativa, facilitando o conhecimento de indícios de crime que são tendencialmente desvalorizados pelos árbitros e pelas próprias partes quando não têm interesse em extrair desses factos qualquer resultado para a decisão do litígio⁷¹.

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

⁶⁹ Artigo 46.º, n.º 3, alíneas b), subalíneas i) e ii), da LAV.

⁷⁰ Em Espanha, o artigo 41.º, n.º 2 da Ley 60/2003, de 23 de dezembro, identifica expressamente a legitimidade do MP para promover a anulação de sentenças arbitrais, relativamente aos interesses cuja defesa lhe esteja cometida e com fundamento, entre outros casos, em contrariedade à ordem pública.

⁷¹ Dando nota da insatisfação de alguma doutrina internacional quanto ao modo como os árbitros, na arbitragem internacional, tratam as alegações de corrupção e fraude, v. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Ob. cit.*, pp. 168-171, citando extensa doutrina e casos acerca desta matéria.

16. Em face do direito constituído, é controversa a admissibilidade da sujeição da sentença arbitral aos recursos extraordinários previstos no CPTA e relativamente aos quais este Código reconhece legitimidade ativa ao MP em defesa da legalidade⁷², em concreto, o *recurso para uniformização de jurisprudência* e o *recurso de revisão*, respetivamente previstos nos artigos 152.º e 154.º do CPTA. Referimo-nos aos recursos a interpor *diretamente* da sentença arbitral, pois a impugnação de acórdãos dos Tribunais Centrais Administrativos (TCA) com origem em sentenças arbitrais faz-se nos termos regulados no CPTA e que, neste aspeto, não suscitam especiais dúvidas, contando com a legitimidade recursiva do MP prevista no CPTA e com a intervenção necessária do MP na tramitação nos recursos em que não seja parte.

As dúvidas transcendem o ponto de partida, já em si não isento de controvérsia, de aceitar que quando a lei veda (imperativamente ou por renúncia das partes) o recurso da decisão arbitral, fá-lo apenas por relação aos recursos *ordinários*⁷³. Aceitando-se que a disciplina prevista pelo legislador para a impugnação de decisões proferidas em arbitragens administrativas (por remissão para a LAV) é lacunar e não é incompatível com os recursos extraordinários previstos no CPTA, serão de aceitar tais recursos extraordinários relativamente às sentenças arbitrais, nos mesmos termos previstos para as sentenças estaduais.

17. No caso do recurso para *uniformização de jurisprudência*, é inegável a sua importância no contexto de um sistema jurídico equilibrado e justo, como o demonstra o reconhecimento por parte do legislador nos diplomas especiais que criaram o CAAD⁷⁴ e o TAD⁷⁵. Aliás, as leis de processo

⁷² Quer o artigo 152.º, n.ºs 1 e 7 do CPTA, quer o artigo 155.º, n.º1 do mesmo Código, reconhecem legitimidade ao MP para interpor recurso extraordinário independentemente de ser parte no processo, sendo que no caso do recurso para uniformização de jurisprudência, a decisão a proferir não terá qualquer influência na decisão da causa, destinando-se unicamente à emissão de acórdão uniformizador.

⁷³ No sentido de que a renúncia aos recursos se cinge aos recursos ordinários, v., entre outros, PAULA COSTA E SILVA, *Anulação e Recursos da Decisão Arbitral*, ROA, 52, 1992, pp 1007 e segs.

⁷⁴ Artigo 25.º do DL n.º 10/2011, de 20 de janeiro.

consagram mesmo a interposição de tal recurso como *um dever* a cargo do MP⁷⁶. Todavia, sendo tal recurso uma competência que está (e deve estar) reservada ao Supremo Tribunal Administrativo e não atribuindo o ETAF competência a este tribunal para conhecer de recursos interpostos de decisões de tribunais arbitrais, nem existindo lei especial que o faça para a generalidade das arbitragens voluntárias, não nos parece possível o cabimento deste recurso no contexto da impugnação *direta* da decisão arbitral.

Também a admissibilidade de um recurso extraordinário de revisão se afigura essencial no quadro da justiça arbitral⁷⁷. Contudo, devendo este, nos termos da lei de processo, ser interposto junto do tribunal que proferiu a sentença, suscita-se a delicada questão de saber junto de que tribunal deverá ser interposto o recurso – sobretudo, em face da extinção do tribunal arbitral com a prolação da decisão –, problema que, porventura, terá solução prática⁷⁸.

Na medida em que sejam admitidos tais recursos extraordinários da sentença proferida em arbitragem administrativa, sê-lo-ão também por parte do MP – no caso deste, até por maioria de razão, atenta a generalidade dos fundamentos de interesse público que em ambos os casos estão em causa⁷⁹.

5.3. Os recursos para o Tribunal Constitucional

18. Parece pacífico que as decisões arbitrais estão também sujeitas a fiscalização concreta da constitucionalidade e que os tribunais arbitrais também fazem controlo da constitucionalidade das leis (artigo 280.º da

⁷⁵ Artigo 8.º da Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro.

⁷⁶ Artigo 152.º, n.º 7 do CPTA e artigo 691.º do CPC.

⁷⁷ O artigo 155.º CPTA prevê o recurso extraordinário de revisão pelo MP com qualquer dos fundamentos previstos no artigo 696.º do CPC. Admitindo o recurso de revisão da decisão arbitral e defendendo que deve ser interposto no tribunal *ad quem*, v. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Ob. Cit.*, pp. 27-28.

⁷⁸ v. acórdão do TC n.º 202/2014, D.R. n.º 68/2014, Série II, de 2014-04-07 e, também, PAULA COSTA E SILVA, *Anulação....* pp. 996 a 998.

⁷⁹ Artigo 696.º do CPC. v.g. casos de decisões resultantes de crime praticado pelos árbitros, falsidade de documentos ou atos, invalidade de confissão, desistência ou transação, julgamento inconciliável com decisões vinculativas para o Estado Português ou simulação.

CRP e artigo 70.º, da Lei de processo no Tribunal Constitucional (LTC)⁸⁰, sendo este controlo uma garantia da conformidade do sistema normativo com a Constituição e uma garantia processual das próprias partes. A existência de tal controlo também parece demonstrar que a sentença arbitral não é um mero acertamento de um litígio entre dois sujeitos, envolvendo componentes de legalidade objetiva.

Quanto à legitimidade do MP para interpor recurso da decisão arbitral, ela resulta direta e imediatamente da CRP e da LTC nos casos em que tal recurso é obrigatório, ou seja, nos casos em que o tribunal arbitral tenha recusado aplicar normas com fundamento na sua inconstitucionalidade ou recusado aplicar normas de atos legislativos com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado ou, ainda, quando aplique norma julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional⁸¹. Maiores dúvidas, pode suscitar a legitimidade do MP para interpor recurso relativamente à aplicação de normas cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade tenha sido suscitada durante o processo, isto é, nos casos previstos no artigo 280.º, n.º 1, alínea b) e 2, alínea d) da CRP, relativamente aos quais parece ser a própria CRP a restringir a legitimidade à parte que arguiu o vício perante o tribunal⁸².

A aceitação pacífica da sujeição das decisões arbitrais a recurso para o TC, por parte do MP, contrasta com a indefinição quanto ao modo de interposição do recurso e com a indeterminação do magistrado que o deverá

⁸⁰ Sobre o tema, v. Ac. TC n.º 181/2007. Na doutrina, v. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Anotada*, Tomo III, 2007, pp. 117 e 118, VITALINO CANAS, O Ministério Público e a Defesa da Constituição, RMP, n.º 20, 1984, pp. 41 e segts.; MIGUEL GALVÃO TELES, *Recurso para o Tribunal Constitucional das Decisões dos Tribunais Arbitrais*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Vol. I, 2010, pp. 637-655; ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Do Recurso de Decisões Arbitrais para o Tribunal Constitucional*, Themis, ano IX, n.º 16, 2009, pp. 185 a 223, J. M. FERREIRA DE ALMEIDA, *Ob. e loc. cit.*, TERESA VIOLANTE, *A arbitragem tributária e o recurso de constitucionalidade*, RMP, 145, 2016, pp. 101 e segts.

⁸¹ Artigo 280.º, n.ºs 3 e 5 da CRP.

⁸² Artigo 280.º n.º 4 da CRP. Defendendo interpretação que seria a mais adequada, fazendo incluir o MP do conceito de parte ali expresso, v. MÁRIO TORRES, *Legitimidade para o Recurso de Constitucionalidade (Natureza da intervenção do Ministério Público no Contencioso Administrativo)*, RDP, n.º 3, 1988, pp. 9 e segts.

fazer, sobretudo em sede de arbitragem voluntária⁸³, questões que podem também acarretar problemas quanto à definição do trânsito em julgado da decisão arbitral.

O primeiro recurso para o Tribunal Constitucional interposto pelo Ministério Público de uma sentença proferida em arbitragem voluntária recusando aplicação de norma com fundamento em inconstitucionalidade⁸⁴, ocorreu no âmbito de um litígio envolvendo uma concessionária de exploração do porto de Lisboa e a respetiva autoridade portuária⁸⁵. No caso, a decisão arbitral foi comunicada pelo árbitro presidente ao MP junto do TC⁸⁶ que ali interpôs recurso dando origem ao acórdão n.º 202/2014.⁸⁷ Na decisão, o TC afirmou não se suscitarem dúvidas quanto à sujeição das decisões arbitrais ao controlo de constitucionalidade por parte MP e aceitou o recurso ali interposto, tendo relevado como data para aferir da sua tempestividade, a data de entrada do recurso naquele tribunal.

6. O conhecimento das decisões arbitrais pelo MP

19. O atual quadro legislativo da arbitragem administrativa, não só não contempla qualquer participação do MP, como não prevê que lhe sejam comunicadas as sentenças proferidas, devendo questionar-se se essa omissão

⁸³ Também no âmbito da arbitragem tributária, v. Acs. TC n.ºs 192/2015 e 368/2015.

⁸⁴ Esta é também a primeira decisão arbitral que se conhece em que um tribunal arbitral, em arbitragem voluntária, recusou a aplicação de uma norma com fundamento em inconstitucionalidade. Já em arbitragens necessárias são conhecidas outras decisões, como exemplificam os Acs TC 289/86 e TC 32/87.

⁸⁵ O caso refere-se à anulação de um “aditamento” contratual prorrogando o prazo da concessão do direito de exploração em regime de serviço público do Terminal de Contentores de Alcântara, em Lisboa, tendo sido amplamente noticiado, tendo o aditamento contratual merecido crítica em auditoria do Tribunal de Contas e dado origem a um inquérito crime.

⁸⁶ O Conselheiro relator no TC começou por devolver o expediente ao Presidente do tribunal arbitral, tendo este depois vindo a admitir o recurso, formulando algumas reservas quanto a tal modo de proceder. A decisão dá conta da controvérsia sobre o modo de interposição deste recurso na falta de representação do MP nos tribunais arbitrais.

⁸⁷ Acórdão TC n.º 202/2014, D.R. n.º 68/2014, Série II de 2014-04-07.

não inviabilizará (ou tornará in comportavelmente difícil) a impugnação da decisão arbitral, colocando em causa as competências de fiscalização e de promoção que a CRP defere ao MP. Como em 2005 defendeu Sérulo Correia, “para neutralizar o risco de conluio ou falta de zelo da entidade administrativa parte no processo, bem poderia o legislador determinar ainda que as sentenças arbitrais anulatórias de acto administrativo fossem também notificadas ao Ministério Público para que este delas possa recorrer, se o entender”⁸⁸.

Dir-se-ia que o problema se coloca de forma distinta para os recursos ordinários e extraordinários já que, relativamente a estes últimos, poderia entender-se ser a decisão arbitral facilmente cognoscível em resultado da sua publicação obrigatória depois transitadas em julgado⁸⁹. Tal observação só valeria se a publicação “por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça” efetivamente ocorresse, e de forma completa e tempestiva – garantias estas que não existem, aguardando-se regulamentação em eventual portaria que o assegure.

Quanto aos recursos ordinários, a publicação das decisões já transitadas nenhum efeito útil pode produzir.

Pelo que, melhor se justificaria, ao que parece, que os efeitos das decisões arbitrais proferidas em arbitragens administrativas ficassem condicionados à sua publicação na dita base de dados, devendo os árbitros remeter as decisões por via informática ao Ministério da Justiça ou incorporar as mesmas em plataforma criada para o efeito, assegurando o sistema a informação da data da sua publicação a partir da qual se iniciaria o prazo para o respetivo trânsito em julgado, obviamente depois de assegurada a notificação às partes. Isto sem prejuízo de os árbitros darem a conhecer diretamente ao MP as decisões proferidas que obriguem o MP a recorrer⁹⁰.

⁸⁸ SÉRULO CORREIA, *Direito Administrativo I*, 2005, p. 688.

⁸⁹ Artigo 185.º-B do CPTA.

⁹⁰ Entendendo que “o dever de comunicação resulta implicitamente da Constituição” quanto a recursos de constitucionalidade obrigatórios – v. MIGUEL GALVÃO TELES, *Oc. Cit.*, p. 650.

Não estando, no quadro legal atual, assegurada a notificação das sentenças arbitrais ao MP, nem assegurara a sua publicação de forma eficaz, completa e tempestiva, não é aceitável que a impugnação das mesmas por parte do MP, no exercício dos seus deveres funcionais em defesa da legalidade, fique dependente do seu conhecimento acidental, quer porque tal desconsidera e prejudica os poderes de atuação do MP em defesa da legalidade e do interesse público, quer porque introduz um fator de insegurança inaceitável para as partes na arbitragem, pois a tempestividade de um eventual recurso nestas circunstâncias será aferida em face do conhecimento efetivo da decisão por parte do MP⁹¹.

20. Tudo aponta, pois, para uma aparente situação de inconstitucionalidade material por violação dos artigos 20.º e 219.º da CRP, não apenas nos casos de recursos obrigatórios do MP para o TC, mas em todas as situações acima retratadas em que ao MP assistem poderes de fiscalização sobre a sentença arbitral administrativa e o poder-dever de interpor recurso como infra se expôs.

A questão da inconstitucionalidade do regime legal da arbitragem por falta de previsão de notificação das decisões arbitrais ao MP já foi presente ao Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização sucessiva do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de julho (regime jurídico da arbitragem voluntária), tendo embora o julgamento de tal questão ficado prejudicado pelo julgamento de inconstitucionalidade orgânica que então conduziu à declaração da inconstitucionalidade do referido diploma com força obrigatória geral⁹². Na ocasião, a questão foi suscitada, quer pelo então Presidente da Assembleia da República, quer pelo Provedor de Justiça, este qualificando-a como uma *inconstitucionalidade por omissão*.

⁹¹ v. Acórdão TC n.º 491/2015, em recurso interposto pelo MP de uma decisão do CAAD, considerando o TC ser relevante para aferir a tempestividade do recurso a data do efetivo conhecimento da decisão pelo MP: “não tendo o Tribunal a quo dado cumprimento ao disposto 252.º do CPC, verifica-se que o recorrente apresentou o requerimento de interposição de recurso nos dez dias subsequentes ao conhecimento, por iniciativa da Autoridade Tributária, do teor da decisão recorrida”.

⁹² Ac. TC n.º 230/86, I Série n.º 120, de 12-09-1986, pp. 2540 e segts.

Na perspetiva do Presidente da Assembleia da República, o regime instituído “impede esta entidade [o MP] de defender a legalidade democrática e exercer a fiscalização da constitucionalidade das decisões deste tipo de tribunais”, ficando os tribunais “subtraídos ao controlo da constitucionalidade e da legalidade por parte do Ministério Público”. Do mesmo modo, na visão do Provedor de Justiça, as funções de defesa da legalidade “e, em especial, a fiscalização da constitucionalidade (...) são inviabilizadas, quanto aos tribunais arbitrais, pelo Decreto-Lei n.º 243/84, que não consente que o Ministério Público interponha recursos das decisões desses tribunais mesmo que as mesmas sejam contrárias à ordem pública, impliquem violação de lei expressa, ou apliquem normas inconstitucionais”, pois “não se prevê que o Ministério Público seja notificado da decisão do tribunal arbitral, o que seria imprescindível para o cabal desempenho daquelas funções”⁹³.

A questão, todavia, não mais voltou a ser suscitada nos diplomas que sucederam o citado diploma legal na regulação do regime da arbitragem, incluindo a atual LAV que, a este respeito, consagra a mesma solução ou omissão legal.

Mantêm-se válidos e pertinentes os fundamentos avançados nos apontados recursos de fiscalização de constitucionalidade, aliás, reforçados por nos encontrarmos no plano da justiça administrativa onde a presença do interesse público é mais frequente e intensa. Parece-nos acrescer uma violação do princípio constitucional da segurança jurídica, pois sendo a decisão arbitral passível de recurso por parte do MP – como é o caso das decisões objeto de recurso para o Tribunal Constitucional, mas não só, como vimos – e a adotar-se o entendimento do TC segundo o qual a tempestividade da impugnação por parte do MP se afere em função da data do conhecimento da decisão arbitral (que nos parece correto), as partes ficam privadas do conhecimento da data em que a decisão transitará em julgado, o que parece incompatível com a segurança jurídica e com a própria tutela judicial efetiva.

A descrita situação de violação dos artigos 20.º e 219.º da CRP, persiste e resulta agravada, caso se entenda que o MP se encontra impedido de

⁹³ Pedidos de fiscalização, no processo n.º 178/84 no Tribunal Constitucional.

impugnar decisões dos tribunais arbitrais por não se mostrar assegurada qualquer forma de representação legal do MP nos tribunais arbitrais, dado que o ETAF não prevê tal representação (v. artigo 52.º do ETAF), nem o EMP o faz, deferindo a representação do MP nos demais tribunais para os habituais “*termos da lei*” (v. artigo 4.º, n.º 2 do EMP). Com efeito, pode entender-se que, sendo embora reconhecido ao MP o poder dever e, em alguns casos, a obrigação legal, de impugnar decisões arbitrais, os magistrados do MP não dispõem de competências funcionais para impugnar tais decisões, por falta de lei que estabeleça um quadro orgânico com tal valência, omissão esta que resulta inconstitucional, impedindo a concretização do previsto nos artigos 20.º e 219.º da CRP.

7. A intervenção auxiliar do MP nas instâncias estaduais superiores em impugnações desencadeadas pelas partes

21. Para além da posição de impugnante das decisões arbitrais em defesa da legalidade, a presença do MP em instâncias estaduais de tribunais superiores, pode detetar-se também enquanto auxiliar do tribunal (*amicus curae*) emitindo parecer em recursos interpostos por iniciativa das partes, quer da decisão final, quer da decisão interlocutória em que o tribunal declare a sua competência.

Assim, sendo admissível e mostrando-se interposto recurso de apelação da sentença arbitral junto do TCA, o MP é sempre notificado e poderá, nos termos do artigo 146.º do CPTA, emitir parecer, querendo, embora circunscrito à “defesa de direitos fundamentais dos cidadãos”, de “interesses públicos especialmente relevantes” ou de algum dos valores ou bens que possam fundar o recurso à ação popular.⁹⁴

Já nos casos de impugnação da decisão arbitral através de “ações de anulação” instauradas pelas partes, não parece poder ser-lhe reconhecida

igual função, pois a LAV estabelece para estas uma tramitação especial, com uma fase de articulados, seguida de produção de prova e remetendo a tramitação subsequente – e só a subsequente – para os termos do “*recurso de apelação, com as necessárias adaptações*” (v. artigo 46.º, n.º 2, alínea e) da LAV). Ora, no regime de apelação previsto no CPTA, a intervenção do MP não ocorre após o contraditório do recorrido mas *antes* deste,⁹⁵ o que inviabiliza a sua pronúncia a coberto da referida remissão. Esta é uma omissão que não se entende e que também nos parece dificilmente coadunável com as competências constitucionais e estatutárias do MP, tendo presente que entre os fundamentos previstos na LAV para a anulação da decisão arbitral pontuam questões de relevante interesse público.

8. A intervenção do MP em processos de reconhecimento de sentenças

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

Em muitos casos e crescentemente, estas arbitragens envolvem relevantes interesses públicos, incluindo em áreas pertinentes a serviços públicos essenciais (v.g. sectores da energia e água), protagonizados por entidades privadas em parcerias com o Estado, ou sociedades por este controladas, ou concessionários, ou pelos próprios Estados, fenómeno a que os mecanismos de controlo dos Estados não podem alhear-se, nestes se incluindo o MP na sua missão de defesa da legalidade e do interesse público. De acordo com a LAV, a tais sentenças arbitrais não é automaticamente reconhecida a eficácia de caso julgado e o efeito executivo, devendo os interessados, para tanto, promover o respetivo reconhecimento junto dos tribunais estaduais, processo que corre termos junto do Tribunal Central Administrativo competente⁹⁶.

⁹⁵ Artigo 146.º do CPTA.

⁹⁶ Artigos 55.º, 58.º e 59.º, n.º1, alínea h) e 2 da LAV e artigos 978.º e segts. do CPC, assinalando-se o reconhecimento expresso ao MP para recorrer, no artigo 958.º do CPC.

⁹⁴ Caberá exclusivamente ao MP a avaliação sobre se estão ou não reunidos os pressupostos para a sua intervenção – v.g. Ac. do STA, de 29-01-2015, no Proc. n.º 01354/12, in www.dgsi.pt.

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

9. Nota final

22. A arbitragem administrativa pode e deve ser reconhecida como um instrumento de grande valia para servir o objetivo de fomentar e reforçar a *tutela judicial efetiva* dos direitos e interesses dos particulares perante a Administração Pública (mais do que apenas orientada pela necessidade de descongestionar tribunais do Estado), mas não deve esquecer-se a função constitucional da *ação pública* do MP e que também esta merece tutela efetiva na impugnação de algumas decisões arbitrais, não podendo ao MP ser subtraídas as condições necessárias para o exercício da sua missão de defesa da legalidade e promoção do interesse público, risco que atualmente se representa.