

Arbitragem administrativa: o papel conferido  
ao Ministério Público no processo arbitral.

Administrative arbitration: role of the Public  
Prosecutor in the arbitral proceedings.

SUHEIL MAHOMED SALÉM

VOL. 3 Nº 2 NOVEMBRO 2016

[WWW.E-PUBLICA.PT](http://WWW.E-PUBLICA.PT)

## **ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA: O PAPEL CONFERIDO AO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO ARBITRAL.**

### **ADMINISTRATIVE ARBITRATION: ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTOR IN THE ARBITRAL PROCEEDINGS.**

SUHEIL MAHOMED SALÉM<sup>1</sup>

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Palma de Cima - 1649-023 Lisboa

[suheilsalem@gmail.com](mailto:suheilsalem@gmail.com)

**Sumário:** 1. Introdução e delimitação do problema; 2. Apreciação da validade dos atos administrativos pelos tribunais arbitrais – breve excuro histórico; 2.1. Limites da apreciação da validade dos atos administrativos pelos tribunais arbitrais; 3. A remissão para a Lei sobre Arbitragem voluntária; 3. Ministério Público no contencioso administrativo português; 3.1. Ministério Público no processo arbitral: Silêncio da lei; 3.2 Dos recursos de constitucionalidade obrigatórios para o Ministério Público; 4. Comparação com regime da arbitragem tributária: Ir mais além?; 5. Conclusões

**Resumo:** A recente revisão do Código de Processo dos Tribunais Administrativos (“CPTA”) veio alargar o âmbito das matérias susceptíveis de arbitragem, em especial o artigo 180.º, n.º1, alínea c) referente à apreciação da validade dos actos administrativos. Contudo, apesar de ter havido um alargamento do objecto, não se regulou em concreto o modelo do processo arbitral aplicável na resolução dos litígios juridico-administrativos. O presente estudo visa explorar algumas questões que se colocam da aplicação da Lei sobre a Arbitragem voluntária por remissão do artigo 181.º do CPTA, em especial a intervenção do Ministério Público no processo arbitral.

**Abstract:** The recent revision on the Administrative Proceeding Code has expanded the subjects possible to be judged by an arbitration Court, in particular the article 180.º, n.º1, paragraph c. Notwithstanding, as the legislator did not create an arbitration institution to judge these matters, a proceeding model is missing on the legal system. The present study aims to explore some issues that may arise on the application of the voluntary Arbitration Law, in particular the intervention of the Public Prosecutor in the arbitratral proceedings.

**Palavras-chave:** Arbitragem administrativa; Lei sobre arbitragem voluntária; Ministério Público; Recursos decisões arbitrais

**Keywords:** Administrative Arbitration; Voluntary arbitration Law; Public Prosecutor; Appeal of the arbitration decisions.

---

1. Advogado-Estagiário na Nobre Guedes, Mota Soares & Associados. Mestrando em Direito Administrativo na Universidade Católica Portuguesa (lisboa). E-mail: [suheilsalem@gmail.com](mailto:suheilsalem@gmail.com)

## **1. Introdução e delimitação do problema**

A revisão do Código de Processo dos Tribunais Administrativos (adiante “CPTA”), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 2 de Outubro, veio alargar o objeto de apreciação dos tribunais Arbitrais, no sentido de permitir a constituição de tribunal arbitral para o julgamento de “questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário”.

Nesta medida, o paradigma alterou-se: em primeiro lugar porque reafirmou-se, de novo, que os tribunais administrativos não têm o monopólio da apreciação da atividade da administração, pelo que existem outras jurisdições com competência para resolver litígios jurídico-administrativos. Assim, podemos afirmar que a arbitragem administrativa surge como meio de jurisdição paralela à jurisdição administrativa, e não como uma exceção na apreciação dos litígios emergentes de relações jurídico-administrativas.

Pelo presente artigo, pretende-se analisar as eventuais questões que se poderão levantar devido a esta mudança de paradigma, principalmente nos seguintes planos: (i) Os limites de apreciação da validade dos atos administrativos pelos tribunais arbitrais; (ii) As adaptações que se terão de fazer por remissão da Lei sobre arbitragem voluntária, designadamente no âmbito dos recursos e do papel do Ministério Público; (iii) Breve comparação com o regime da arbitragem tributária, a fim de partir de uma base comum ou como ponto de partida para as referidas “*adaptações*” a fazer.

## **2. Submissão A Arbitragem Da Apreciação Da Validade Dos Atos Administrativos**

Antes de iniciarmos a nossa reflexão sobre as questões que se poderão colocar a respeito do novo paradigma da arbitragem administrativa, gostaríamos, porque oportuno e conveniente para uma contextualização adequada do cenário atual, fazer um breve excuro histórico sobre a regulação normativa da apreciação da validade dos atos administrativos pelos tribunais arbitrais.

A arbitragem administrativa sempre foi vista com alguma hesitação. Um motivo para tal reticência poderá, eventualmente, ser explicado pela ideia de indisponibilidade do poder público, na medida em que a Administração tem uma posição institucional concreta e está sujeita ao princípio da legalidade. No entanto, apesar de tal desconfiança, o facto é que a nossa Constituição da República Portuguesa 76 veio prever expressamente a possibilidade da existência dos tribunais arbitrais<sup>3</sup>, pelo que se terá de conviver com esta opção jurídico-constitucional.

---

2. Reprodução da alínea c) do n.º 1 do artigo 180.º do novo CPTA.

3. Artigo 209.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

Apesar de a Constituição prever, sem sombra de dúvida, a possibilidade de existência de tribunais arbitrais, o entendimento tradicional foi o de que onde existisse ato administrativo seria vedada a apreciação da sua validade em sede arbitral<sup>4</sup>. No entanto, a reforma do Contencioso administrativo de 2002 veio trazer contributos importantes, que permitiram analisar a mesma questão sob diferente perspetiva. Com efeito, a redação do artigo 180.º, n.º1, alínea c) do anterior CPTA<sup>5</sup>, dispunha que “ Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de questões relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva”. Esta redação levou a várias discussões e divergências doutrinárias, as quais não nos iremos deter, porque extrapola o âmbito da presente reflexão, porém cumpre-nos reter uma ideia-chave para entender a *mens legis* do preceito mencionado. Parafraseando MARTA PORTOCARRERO, o legislador faz aqui erradamente uma correspondência entre o poder de revogação como poder de disposição e matéria arbitrável. Acrescenta a autora, referindo que o tribunal arbitral serve para controlar a atividade da administração e não para compor essa mesma atividade, pelo que esse critério perde sentido à luz das funções “normais” de um tribunal no nosso ordenamento jurídico. Neste sentido, a ideia que se pretende transmitir ao leitor é a de que os Tribunais Arbitrais não são prolongamentos da Administração onde esta delegada o exercício do poder discricionária naquela. Ao invés, a jurisdição arbitral é instituída para exercer a função jurisdicional, e não administrativa ou de qualquer outro cariz.

### *2.1. Limites da apreciação da validade dos atos administrativos pelos tribunais arbitrais*

A recente revisão do CPTA, para além de ter ampliado o objeto de apreciação dos atos administrativos suscetíveis de serem arbitráveis, traçou – embora muito timidamente – as linhas orientadoras a seguir no juízo de apreciação da validade dos atos administrativos. No entanto, ainda muito ficou por regular normativamente, pelo que caberá saber quais os limites a apreciação da validade dos atos administrativos pelos tribunais arbitrais, e as adaptações a realizar em sede de arbitragem administrativa<sup>6</sup>, como se tentará refletir de seguida.

Em primeiro lugar, e decorrente do princípio da separação de poderes, cremos que os tribunais arbitrais apenas podem apreciar a legalidade do ato, sendo vedada a apreciação do mérito ou conveniência daquele. Na verdade, o legislador não deixou de prever esta solução no artigo 185.º, n.º 2 do CPTA referindo que “nos litígios sobre questões de legalidade, os árbitros decidem estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou

---

4. Cfr. MARTA PORTOCARRERO, *Contratos sobre exercício dos poderes públicos, Transacção e Arbitragem*, Universidade Católica Porto, 2015, pp. 316 ss..

5. Aprovado pela Lei n.º15/2002, de 22 de Fevereiro.

6. Algumas reflexões sobre a bondade da solução legislativa foram já adiantadas por MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *Arbitragem no projeto de revisão do CPTA*, in *Julgar*, n.º 26, 2015, pp. 102 ss..

oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade”. Como bem refere VASCO MOURA RAMOS “se o mérito da atuação administrativa não é judicialmente controlável, ele não pode ser objeto de apreciação judicial seja por tribunais administrativos seja por tribunais arbitrais”<sup>7</sup>. No entanto, isto não significa que o exercício discricionário da Administração não seja sujeita a um confronto com o bloco de legalidade, *rectius* os princípios constitucionais que regem a atividade administrativa.

Por outro lado, e ao contrário do que resulta em Itália<sup>8</sup>, a apreciação da validade dos atos administrativos terá de ser julgado segundo a Constituição e a Lei, vedando-se o recurso à equidade. Esta solução é facilmente compreensível: Não está na disponibilidade da Administração prever no compromisso arbitral o afastamento do direito constituído para apreciação da validade do ato administrativo, sob pena de violação do princípio da legalidade<sup>9</sup>.

### 3. A Remissão Do Artigo 181.º Do Cpta Para A Lei Sobre Arbitragem Voluntária

Nos termos do artigo 181.º do CPTA “o tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre arbitragem voluntária (adiante “LAV”), com as devidas adaptações<sup>10</sup>”. O preceito parece dar uma ampla margem de flexibilidade na fixação das regras a disciplinar o processo arbitral. Contudo, coloca-se a questão de saber se, sendo a Administração uma entidade institucional sujeita ao princípio da legalidade e sendo o poder público indisponível, até onde se poderá estender esta flexibilidade processual.

Sobretudo, o problema assume maior relevância, pelo facto de o legislador não ter criado um regime de arbitragem institucionalizado para a arbitragem administrativa, tal como fez para a arbitragem tributária<sup>11</sup>. Efetivamente, a tarefa demonstra-se hercúlea, visto que a LAV contém preceitos que poderiam colocar em “*cheque*” alguns princípios basilares de direito administrativo. Em bom rigor, a LAV está formatada para uma lógica de autorresponsabilidade das partes, onde estas ao abrigo da sua autonomia privada prescindem de certas formalidades processuais, com vista à obtenção de uma decisão célere, que tenha força de caso julgado sobre o litígio em causa. No entanto, a Administração enquadra-se numa posição jurídico-institucional, onde a lógica da autorresponsabilidade e da

---

7. VASCO MOURA RAMOS, Algumas considerações sobre arbitragem de litígios respeitantes à validade de actos administrativos à luz do regime resultante do CPTA, in *Arbitragem e Direito Público*, AAFDL, 2015, pp. 251 ss..

8. Em Itália, tanto a jurisprudência como a doutrina não colocam obstáculo ao recurso à equidade nas controvérsias administrativas.

9. Para mais desenvolvimento sobre o tema da Equidade, vide JOSÉ DUARTE COIMBRA, O recurso à equidade nas arbitragens de Direito Administrativo, in *Arbitragem e Direito Público*, AAFL, 2015, pp. 133- 193.

10. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

11. Regime jurídico da arbitragem em matéria tributária - aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro.

autonomia privada perdem o seu sentido útil.

É verdade que o legislador, com a revisão do CPTA, vem prever normas derogatórias da Lei sobre arbitragem voluntária, a saber, o artigo 185.º que estabelece os limites da arbitragem vedando a possibilidade de os tribunais arbitrais julgarem segunda a equidade ou pronunciarem-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, bem como o artigo 185.º-B prevendo a obrigatoriedade de publicitar as decisões arbitrais, promovendo deste modo o princípio da transparência administrativa e, de certo modo, um escrutínio das decisões proferidas por tribunais arbitrais.

Contudo, o regime do CPTA referente à arbitragem administrativa mostra-se ainda bastante parco, deixando ao intérprete sérias dúvidas sobre quais as “*devidas adaptações*” a fazer para além das já reguladas normativamente pelo legislador.

Entre nós, parece-nos que existem dois aspetos essenciais a estudar, e que poderão ser decisivos para a compreensão do modelo de justiça arbitral que se pretende: o primeiro prende-se com a admissibilidade dos recursos das decisões arbitrais, o outro com o papel desempenhado pelo Ministério Público no processo arbitral. Repare-se que, se se efetivamente consagrou a arbitragem como meio de jurisdição paralela à jurisdição administrativa, cumpre saber se o modelo de contencioso administrativo que temos atualmente – modelo contencioso administrativo misto – tem de ser transposto para o processo arbitral, ou se por outro lado, existe uma flexibilidade processual onde as partes – a administração e os particulares – prescindem dos elementos objectivistas do contencioso administrativo português.

Na verdade, a questão de fundo, à qual tentaremos dar resposta nos pontos seguintes, circunscreve-se em saber se a própria Administração tem o poder de dispor destes elementos objectivistas do contencioso administrativo português ou se está constitucionalmente vinculada a tais elementos, estando-lhe vedada essa possibilidade de disposição.

### *3.2. Estatuto jurídico-constitucional do Ministério Público e o seu papel no Contencioso administrativo português*

Antes de entrarmos na temática do papel do Ministério Público no contencioso administrativo, gostaríamos de tecer algumas considerações sobre o seu estatuto jurídico-constitucional, por forma a percebermos que tipo papel lhe é exigido pela Lei Fundamental. Parece-nos relevante saber do significado a atribuir ao facto de o Ministério Público não se inserir como um dos órgãos de soberania elencado pela Constituição da República Portuguesa. Será que podemos afirmar que essa exclusão do artigo 110.º da Constituição poderá repercutir-se na representação do Estado por aquele órgão em todas as jurisdições?

JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS defendem que “o caminho mais seguro consiste em vincular o conceito de órgão à própria matriz da soberania”<sup>12</sup>. Os autores adiantam que órgãos de soberania ligam-se necessária e primariamente à soberania como poder próprio e originário do Estado. Os restantes órgãos possuem uma qualidade e uma consistência diversa do poder. No entanto, vale a pena referir que o legislador pode aditar competências aos órgãos de soberania, pelo que o seu quadro normativo não se esgota no contexto jurídico-constitucional.

No entanto, no que respeita ao órgão do Ministério Público, é evidente que a conformação do legislador ordinário está limitada pelos parâmetros constitucionais, designadamente no facto de aquele órgão não ser considerado pela Constituição da República Portuguesa como um órgão de soberania - “soberania como poder próprio e originário do Estado” -. Nesse sentido, rejeitamos a posição de que a representação do Estado pelo Ministério Público é uma representação orgânica<sup>13</sup>, no sentido de representar o tal poder originário e próprio do Estado em toda a jurisdição. Concordamos com ALEXANDRA LEITÃO quando refere que, de facto, “O Ministério Público é um órgão do Estado, mas não é um órgão da pessoa coletiva Estado (...)”.

Parece-nos relevante elencar aqui o artigo 11.º do novo CPTA que dispõe o seguinte:

#### Artigo 11.º

##### Patrocínio Judiciário e representação em juízo

1. Nos tribunais administrativos é obrigatória a constituição de mandatário, nos termos previstos no Código Processo Civil, podendo as entidades públicas fazer-se patrocinar em todos os processos por advogado, solicitador ou licenciado em Direito ou em solicitadoria com funções de apoio jurídico, sem prejuízo da representação do Estado pelo Ministério Público.

Face à leitura do preceito, podemos distinguir dois conceitos jurídicos distintos, o conceito de patrocínio judiciário e representação em juízo. No entanto, cabe-nos distinguir estes dois conceitos, sob pena de sermos levados a uma confusão de conceitos. Isto é, na representação em juízo, um sujeito atua em nome de outrem, exprimindo a vontade imputável ao ente representado. Porém, no mandato forense, há uma representação processual da parte, o que constitui uma situação diversa<sup>14</sup>.

---

12. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 248 ss..

13. Como parece ser a posição de CLÁUDIA ALEXANDRE DOS SANTOS SILVA, O Ministério Público no atual contencioso administrativo português, *Revista e-pública*, n.º 7, 2016, pp. 171 ss., disponível em <http://e-publica.pt/pdf/artigos/Vol.%203-%20N%C2%BA%201-Art.%2010.pdf>.

14. Vide, por exemplo, artigo 35.º, n.º1, da Lei 75/2013, de 12 Setembro, que confere ao Presidente da Câmara a função de representar o município e fora dele. Compete, igualmente ao Presidente da Câmara nomear a quem caberá o patrocínio judiciário do município.

No que respeita à representação do Estado pelo Ministério Público, refere SÉRVULO CORREIA a respeito do artigo 219.º da Constituição da República Portuguesa que “a enunciação de uma competência de representação é extremamente genérica. O texto não diz quais as matérias a que respeitará a representação, nem quais as circunstâncias- nomeadamente os tipos de processo - em que este se desenvolverá<sup>15</sup>”.

Em adição, parece-nos que existem dois preceitos do ordenamento jurídico [artigo 5.º, n.º1, alínea a) do Estatuto do Ministério Público e o artigo 11.º, n.º 1 do CPTA] que poderão entrar em conflito insanável: A defesa da legalidade democrática e a representação do Estado, ambos prosseguidos pelo Ministério Público. Pense-se, por exemplo, num caso em que o Estado é autor no processo, representado pelo Ministério Público em juízo e como interveniente principal, mas que o litígio jurídico-administrativo é de duvidosa legalidade. Se a questão for dúbia do ponto de vista da legalidade, parece-nos que não sofre contestação séria que o Ministério Público, nestes casos, não poderá representar o Estado, sob pena de o Ministério Público atuar numa lógica de conveniência na defesa da legalidade democrática, o que, por si só, é uma incongruência e perversidade do sistema.

Por outro lado, a parte final do n.º 1 do artigo 11.º do CPTA ao referir que “sem prejuízo da representação do Estado pelo Ministério Público” parece-nos que conduziu a uma mudança de paradigma. Na verdade, ao contrário do que se estabelecia na redação do preceito homólogo do CPTA anterior, a representação processual do Estado pelo Ministério Público era obrigatória no domínio das relações contratuais e de responsabilidade”, estando vedada ao Estado a possibilidade de constituir mandatário próprio. Ao ter sido eliminado este segmento do preceito, somos levados a crer que, a representação do Estado é obrigatória em todas as matérias, salvo se houver conflito de interesses, isto é, nos casos em que a ação pública for incompatível com a defesa da legalidade democrática, a cargo do Ministério Público.

Apesar de o legislador ordinário não ter elencado as matérias que caberá a representação do Estado pelo Ministério Público, o atual preceito do artigo 11.º, n.º 1 do CPTA conjugado com o artigo 5.º do Estatuto do Ministério Público, conduz-nos a crer que a representação do Estado pelo Ministério Público é quase absoluta. Dizemos quase porquanto esta representação é excecionada quando a representação do Estado pelo Ministério Público conflitue com a defesa da legalidade democrática, estabelecida na Constituição e prosseguida por aquele órgão. Mais, o artigo 5.º, n.º 2 do Estatuto do Ministério Público refere que “Em caso de representação de região autónoma ou de autarquia local, a intervenção principal cessa quando for constituído mandatário próprio”. Face à leitura do preceito, extrai-se a ideia de que se o legislador quisesse excecionar a intervenção

---

15. SÉRVULO CORREIA, A representação das pessoas colectivas públicas na Arbitragem Administrativa, in *Separata de Estudos de Direito em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 132 ss., disponível em [http://www.servulo.com/xms/files/publicacoes/Livros\\_2015/Correia\\_A\\_Representacao\\_das\\_Pessoas\\_Coletivas\\_Publicas\\_na\\_Arbitragem\\_Administrativa\\_2015.pdf](http://www.servulo.com/xms/files/publicacoes/Livros_2015/Correia_A_Representacao_das_Pessoas_Coletivas_Publicas_na_Arbitragem_Administrativa_2015.pdf).



principal do Ministério Público quando fosse constituído mandatário pelo Estado, tê-lo ia feito.

Para efeitos da presente reflexão, parece-nos que a competência atribuída ao Ministério Público de representação do Estado, nos termos do artigo 11.º do CPTA, não abrange o processo arbitral<sup>16</sup>. No entanto, pese embora esta representação não ser exercida em sede arbitral, parece-nos difícil aceitar que aquele órgão não tenha nenhum papel a desempenhar no quadro da resolução de litígios jurídico-administrativos no processo arbitral. A nossa hesitação provém do facto de considerarmos que a Constituição poderá exigir, na resolução dos litígios jurídico-administrativos, a intervenção do Ministério Público desempenhando o papel de “Dom Quixote da Justiça<sup>17</sup>”. De seguida, pretende-se responder à questão de saber se a supressão do papel do Ministério Público no processo arbitral será admissível - conforme a Constituição - ou se uma das devidas adaptações que refere o artigo 181.º do CPTA será conferir o mesmo papel atribuído pelo legislador ao Ministério Público, no âmbito da jurisdição administrativa.

### 3.3. Do Papel do Ministério Público no processo arbitral

Como já tivemos oportunidade de referir, entre nós, o artigo 11.º, n.º 1 do CPTA é inaplicável no âmbito da jurisdição arbitral, pelo que o legislador ordinário *calou-se* relativamente à representação do Estado pelo Ministério Público em sede arbitral. Aliás, o próprio artigo 4.º, n.º 2 do Estatuto do Ministério Público refere que o “*Ministério Público é representado nos demais tribunais nos termos da lei*”. No entanto, com a revisão do CPTA, apesar de o legislador ter alargado o âmbito do objeto jurídico-administrativo arbitrável, não regulou pontos essenciais do modelo arbitral administrativo, limitando-se no artigo 181.º do CPTA, a remeter “*com as devidas adaptações*” para o regime da Lei sobre arbitragem Voluntária (adiante “LAV”). Contudo, verificamos que a LAV não regula, em nenhum ponto do processo, a intervenção do Ministério Público, seja como intervenção principal ou acessória.

Se verificamos a evolução das Leis que têm regido o processo administrativo, verificamos que houve uma diminuição no protagonismo conferido ao Ministério Público no âmbito do contencioso administrativo. Antes da reforma do contencioso de 2002, aquando da vigência da Lei de Processo Tribunais Administrativos (LPTA), o Ministério Público tinha poderes para emitir vistos (inicial e final) e de suscitar questões de cariz processual. Na verdade, era um “*juiz disfarçado*”. No entanto, e apesar do “*contencioso administrativo passar, o direito constitucional fica*”<sup>18</sup>, pelo que acreditamos que Lei Fundamental ainda guarda um papel decisivo no quadro processual administrativo.

---

16. Neste sentido, vide SÉRVULO CORREIA, A representação das pessoas colectivas públicas na Arbitragem Administrativa, in *Separata de Estudos de Direito em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, 2015, p. 113.

17. A expressão é de CLÁUDIA ALEXANDRE DOS SANTOS SILVA, O Ministério Público no atual contencioso administrativo português, in *Revista e-pública*, n.º 7, 2016, p. 169.

18. A expressão é de GOMES CANOTILHO.

Assim, cabe ao intérprete, de *iure condendo*, numa análise do processo administrativo, mas também da Constituição, verificar se a intervenção do Ministério Público é ou não essencial na resolução de litígios jurídico-administrativos. Iremos centrar-nos principalmente na intervenção acessória do Ministério Público<sup>19</sup>.

Em primeiro lugar, parece-nos relevante perceber a *ratio* das normas de competência atributivas ao Ministério Público no CPTA. Assim, vemos, por exemplo, no artigo 85.º do CPTA (“intervenção do Ministério Público”) que após terem sido fornecidos os documentos do processo ao Ministério Público, este órgão poderá pronunciar-se sobre o mérito da causa, em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de interesses públicos especialmente relevantes ou de algum dos valores referidos no n.º2 do artigo 9.º. Ou seja, no palco do contencioso administrativo, o Ministério Público como defensor da legalidade democrática que é, vem contribuir para uma melhor qualidade da decisão arbitral, sem sacrifício dos direitos e valores fundamentais no ordenamento jurídico. Um outro preceito que atribui competência de intervenção do Ministério Público é o artigo 141.º do CPTA, em sede de recursos jurisdicionais, prevendo a possibilidade do Ministério Público interpor recurso ordinário de uma decisão jurisdicional com violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais. Vemos, por isso, que a *ratio* ambos os preceitos radica na defesa da legalidade democrática pelo Ministério Público, constitucionalmente estabelecida. Esta intervenção é especialmente importante na resolução de litígios jurídico-administrativos, visto que os particulares assumem, à partida, uma posição de fragilidade face ao poder público, pelo que o Ministério Público assume-se como “anjo da guarda” dos particulares, mas também do interesse público.

O processo arbitral, apesar de se basear numa cultura de escolha<sup>20</sup>, em que privilegia um paradigma de autorresponsabilidade, a defesa dos direitos fundamentais e de interesses relevantes e de interesse público mantém-se igualmente importantes, independentemente da forma de processo, pelo que vedar a intervenção do Ministério Público em sede arbitral pode, eventualmente, roçar o plano da inconstitucionalidade.

Neste sentido, do que se trata, não é mais, portanto, de uma mera questão formal de subordinação da Administração à Constituição, mas sim do problema material da realização continuada e permanente das normas fundamentais de Direito Administrativo. Para quem entenda que o processo administrativo é direito constitucional concretizado, as normas de processo que regulam os litígios jurídico-administrativos devem estar ligadas por um “«cordão umbilical»” à

---

19. Em nossa opinião, não havendo comando legislativo atributivo de competência, o Estado pode constituir mandatário próprio para representação em sede arbitral. Para mais desenvolvimentos sobre intervenção principal do Ministério Público, vide SÉRVULO CORREIA, A representação das pessoas colectivas públicas na Arbitragem Administrativa, in *Separata de Estudos de Direito em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 132 ss..

20. FILIPE BRITO BASTOS, A Arbitragem em direito administrativo e o direito fundamental de acesso ao direito nos tribunais portugueses, *Arbitragem e Direito Público*, AAFL, 2015, p.85.

Constituição”<sup>21</sup>. Entre nós, parece-nos que o fundamento justificativo para a intervenção do Ministério Público no processo arbitral radica do artigo 219.º da CRP, que se aplica diretamente, quando atribui competência ao Ministério Público para defender a legalidade democrática. Ora, independentemente do litígio jurídico-administrativo ser decidido em sede de jurisdição administrativo ou em sede arbitral, o papel desempenhado pelo Ministério Público é constitucionalmente imposto. Não valerá, pois, o argumento, de que os particulares e a Administração prescindiram, ao celebrarem a convenção de arbitragem, da intervenção do Ministério Público no processo, visto que esta faculdade não está na disponibilidade das partes, estando-lhe vedada essa possibilidade. Verificamos, pois, que atualmente existe um silêncio indevido do legislador, desejável e necessário de ser preenchido, o mais breve possível<sup>22</sup>.

Numa análise de *iure condendo*, e apenas com respeito à intervenção acessória do Ministério Público, concordamos com SÉRVULO CORREIA quando propõe a obrigatoriedade de notificação de todas as decisões arbitrais. Em bom rigor, estando em causa litígios jurídico-administrativo, do que se trata é de haver um escrutínio relativo às matérias que possam contender com direitos fundamentais dos cidadãos e interesses público relevantes, não interferindo com as vantagens associados a esta jurisdição - celeridade – ao invés, acrescenta-lhe valor, pois o que se pretende é uma decisão judicial arbitral de qualidade, especializada, mas não à custa dos direitos fundamentais dos cidadãos, sacrossantos no nosso ordenamento jurídico.

Na verdade, embora a LAV não confira nenhum papel ao Ministério Público explicitamente, o artigo 36.º da LAV ao referir que “só podem ser admitidos a intervir num processo arbitral em curso terceiros vinculados (sublinhado nosso) pela convenção de arbitragem em que aquele se baseia...”, entendemos que existe uma adesão implícita do Ministério Público aquela convenção. Sustentamos a nossa posição na ligação infranqueável que existe entre a função jurisdicional na apreciação de litígios jurídico-administrativos e a defesa da legalidade democrática. Repare-se que, se os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais, no sentido constitucional do termo, então essa função exercida pelos tribunais arbitrais é acompanhada, obrigatoriamente, pelo papel coadjuvador da função jurisdicional desempenhado pelo Ministério Público, como *amicus curiae*.

Por outro lado, cremos que se deveria estabelecer um centro de arbitragem administrativo institucionalizado, tal como se fez na arbitragem tributária, a fim de promover uma maior credibilidade deste meio paralelo de resolução de litígios, mas também a fim de regular a relação processual do Ministério Público. De nada adianta defendermos a intervenção acessória do Ministério Público, se os tribunais não forem institucionalizados, ou se as decisões não forem comunicadas a este órgão.

---

21. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Almeida, 2013, pp. 174-175.

22. Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, aquando da apresentação oral do presente trabalho, levantou a questão de saber se a Administração tinha o poder de dispor sobre o papel do Ministério Público no processo arbitral.

### *3.4. Dos recursos de constitucionalidade obrigatórios para o Ministério Público*

No caso de interposição de recurso obrigatório pelo Ministério Público, termos do artigo 72.º, n.º 3 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, a decisão arbitral deverá ser comunicada ao mesmo. MIGUEL GALVÃO TELES refere que o Ministério Público só pode dar cumprimento ao dever de recorrer se tiver conhecimento da decisão. Significa isto, portanto, que o dever da comunicação está implicitamente na Constituição. JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS sustentam igualmente que, mesmo no caso de decisões arbitrais, se mantém a obrigatoriedade do recurso, devendo o presidente do tribunal arbitral ordenar a notificação do Ministério Público do tribunal da comarca da sentença arbitral.

Nesta sede, é interessante verificar o decidido pelo **Acórdão n.º 491/2015** do Tribunal Constitucional. Neste aresto, ficaram claros dois aspectos que merecem ser destacados: (i) em primeiro lugar, sempre que haja uma decisão que constitua objecto formal de recurso de constitucionalidade obrigatório, a comunicação ao Ministério Público deve ser realizada, impreterivelmente; (ii) Mesmo que uma das partes interponha o recurso de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional, a interposição do mesmo pelo Ministério Público não representa uma inutilidade. Ao invés, a dita decisão do Tribunal Constitucional referiu que ambos os impulsos são idóneos a reverter a decisão recorrida e atingir o efeito estabelecido no n.º2 do artigo 80.º da Lei do Tribunal Constitucional.

## **4. Comparação Com Regime Da Arbitragem Em Matéria Tributária: Ir Mais Além?**

O regime jurídico da arbitragem em matéria tributária (adiante “RJAT”) está regulado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro. No texto da lei, vemos que o legislador comungou algumas normas jurídicas e princípios comuns, também presentes no novo CPTA. Deste modo, o artigo 2.º, n.º 2 do RJAT veda a possibilidade dos tribunais arbitrais decidirem segundo a equidade, tal como 185.º, n.º2 do CPTA. Por sua vez, o artigo 16.º do RJAT vem estabelecer princípios processuais na condução do processo arbitral, constituindo assim parâmetros de validade e limites da arbitragem, assentando numa lógica de defesa e tutela de direitos fundamentais dos particulares. Este preceito tem equivalência no preceito homólogo no artigo 30.º da LAV, aplicável por remissão do artigo 181.º do CPTA.

Pese embora o legislador ter reunido alguns princípios jurídicos nos diplomas acima referidos, existem diferenças, que merecem a nossa atenção. Em primeiro lugar, em sede de recursos, o princípio, quer na RJAT quer na LAV é o da irrecorribilidade das sentenças arbitrais. No entanto, o RJAT apresenta uma especificidade: o artigo 25.º do RJAT prevê que a “ decisão arbitral sobre o mérito da pretensão que ponha termo ao processo arbitral é susceptível de recurso para o Tribunal Constitucional na parte que recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique

norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada”. Acrescenta o n.º 2 do referido preceito que é ainda susceptível de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo quando a questão em causa esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo. É nosso entendimento que, apesar de o legislador não ter feito as duas ressalvas relativamente ao princípio da irrecorribilidade, na LAV, deverá ser feita uma interpretação restritiva do 39.º, n.º 4 da LAV, na medida em que se aplicaria apenas aos recursos ordinários. Sustentamos a nossa posição no argumento de que existem valores na nossa ordem jurídica, principalmente os que estão constitucionalmente consagrados, que superam o valor da celeridade processual, em sede arbitral. Ou seja, apesar do princípio da irrecorribilidade das decisões arbitrais ter em vista a celeridade processual, as questões de constitucionalidade suscitadas no âmbito do processo arbitral têm de ser resolvidas pelo Tribunal Constitucional, sob pena de lesão de direitos fundamentais irreparáveis dos particulares. Mais, já que a LAV não regulou a intervenção do Ministério Público no processo arbitral, pelo menos que o juiz constitucional - guardião dos direitos, liberdade e garantias – o faça.

Aliás, é curioso notar que o RJAT também não regula, em qualquer estado do processo, a intervenção do Ministério Público. Faz-nos crer que o legislador ignorou, por completo, a consagração deste órgão no âmbito dos litígios jurídico-administrativos e fiscais. No entanto, é igualmente curioso notar que no RJAT, em sede de impugnação da decisão arbitral, poderá haver a intervenção do Tribunal Central Administrativo com fundamento nas situações previstas no artigo 28.º do RJAT<sup>23</sup>, ou seja, é como se o Tribunal Estado se substituísse ao papel do Ministério Público, escrutinando as decisões arbitrais que possam contender com princípios fundamentais. No entanto, parece-nos que ficam de fora do espectro de proteção, os direitos fundamentais dos particulares e alguns interesses e bens tutelados pelo artigo 9.º n.º2 do CPTA.

Nestes termos, questionamo-nos se as “devidas adaptações” referidas no artigo 181.º do CPTA não devem ir mais além do que as normas que regulam a arbitragem em matéria tributária. Na verdade, a arbitragem tributária é apenas um segmento da arbitragem administrativa, pelo que esta engloba a primeira. Neste sentido, entendemos que o nível de protecção conferido pelo regime da arbitragem administrativa deverá ser superior ao consagrado para a arbitragem tributária. Num primeiro plano, relativo à intervenção acessória do Ministério Público, prevendo uma obrigação de comunicação de todas as decisões arbitrais. Segundo, através da criação de um centro de arbitragem administrativa, que permita criar uma cultura de confiança e credibilidade deste meio paralelo de resolução de litígios jurídico-administrativos.

## 5. Conclusões

---

23. N.º 1 do Artigo 28.º do RJAT: A decisão arbitral é impugnável com fundamento na: a) Não especificação dos fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão; b) oposição dos fundamentos com a decisão; c) pronúncia indevida ou na omissão de pronúncia; d) violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes, nos termos em que estes são estabelecidos no artigo 16.º.

Chegados aqui, cumpre-nos sintetizar as ideias mais relevantes, no sentido de compreendermos se, no atual quadro normativo, o modelo de processo arbitral que se pretende instituir, representa ou uma ruptura com os aspectos ainda restantes do contencioso de modelo objectivista, em particular a intervenção do Ministério Público.

Por um lado, vimos que apesar de o CPTA ter derogados alguns preceitos da Lei sobre Arbitragem Voluntária, designadamente a impossibilidade de, nos litígios sobre questões de legalidade, os árbitros pronunciarem-se sobre o mérito ou oportunidade da actuação administrativa ou julgar segundo a equidade, e a obrigação de publicitarem, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça, as decisões arbitrais [artigo 185.º, n.º2 e artigo 185.º-B do CPTA], o regime ainda se demonstra bastante parco, havendo um silêncio do legislador em matérias que, entre nós, se nos afiguram como de essenciais na resolução dos litígios jurídico-administrativos.

Deste modo, cabe ao intérprete numa análise hermenêutica, saber quais as *devidas adaptações* a fazer na Lei sobre Arbitragem Voluntária, por remissão do artigo 181.º do CPTA. Em primeiro lugar, e tendo como foco principal da nossa abordagem, cremos que o papel do Ministério Público se demonstra como essencial na tutela de interesses e valores fundamentais do nosso ordenamento jurídico, pelo que apesar de a Arbitragem assentar numa cultura de autorresponsabilidade e escolha pelas partes, a fim de se obter uma decisão célere e de qualidade, isso não significa que se exclua a intervenção do Ministério Público no processo arbitral. A natureza arbitral e a intervenção deste órgão não se revelem incompatíveis entre si, ao invés, a sua participação contribui para uma melhor qualidade da decisão, evitando o sacrifício de direitos fundamentais e/ou interesses essenciais do nosso sistema jurídico. Assim, de *iure condendo*, consideramos que se deverá proceder à notificação das decisões arbitrais ao Ministério Público, bem como a criação de um centro institucionalizado de arbitragem administrativa.

De outra parte, e em comparação com o regime da arbitragem em matéria tributária (RJAT), vemos que existe uma discrepância normativa em matéria de recursos, o que não se compreende. Entre nós, tendemos a considerar que se deverá interpretar restritivamente o artigo 39.º, n.º4 da LAV, no sentido de a norma se aplicar apenas aos casos de recursos ordinários, ficando de fora do âmbito da referida norma, os recursos de constitucionalidade e de uniformização de jurisprudência.

Por último, e também por comparação com o RJAT, pensamos que a regulação normativa da arbitragem administrativa deverá ir mais além que o RJAT, isto é, para além da criação de um centro de arbitragem para dirimir litígios jurídico-administrativos, deverá igualmente regular a intervenção do Ministério Público no processo arbitral, de forma a dar um “rostro” garantístico à jurisdição arbitral, bem como dar corpo a alguns princípios que se demonstrem fundamentais na controversia dos litígios jurídico-administrativos.

\*\*\*