

A ARBITRAGEM E A CONTRATAÇÃO PÚBLICA: 3 PECADOS ORIGINAIS E A REFORMA QUE FICA POR FAZER

Por Simão Mendes de Sousa(*)

SUMÁRIO:

I. Razão de Ordem. **II.** A Arbitragem: Breves Notas. **III.** A Arbitragem de “Questões Respeitantes a Contratos”. *a.* O Regime do Código dos Contratos Públicos. *b.* O Regime do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. *c.* Posição Adotada. **IV.** A Reforma que Fica por Fazer. **V.** Conclusões.

I. Razão de Ordem⁽¹⁾

I. O tema que nos propomos analisar nas próximas linhas diz respeito à arbitragem de litígios administrativos, em especial os decorrentes das “*questões respeitantes a contratos*”⁽²⁾. Como optamos por desvendar no título do presente estudo, focar-nos-emos naqueles que considerámos os 3 pecados originais das duas revisões já terminadas nesta matéria, deixando para final uma breve reflexão sobre a revisão que, em nosso entender, ainda ficou por fazer.

(*) Advogado. Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas.

(1) O presente estudo foi escrito tendo por base as regras do comumente designado Novo Acordo Ortográfico. Existem, contudo, passagens que estão escritas de acordo com as anteriores regras ortográficas, que decorrem de citações e/ou enunciados normativos anteriores à entrada em vigor deste Novo Acordo Ortográfico. Por motivo de rigor científico mantivemos os textos enunciados *qua tale*.

(2) Por referência à terminologia constante do disposto no art. 180.º, n.º 1, alínea *a*) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Com a aprovação do **Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto**, que reviu o Código dos Contratos Públicos, o legislador parece ter cortado a direito quanto ao regime que vinha a seguir, transformando a arbitragem de “*questões respeitantes a contratos*”, num complexo intrincado de normas, dúvidas e dificuldades que a Doutrina tem vindo a analisar.

Com a revisão terminada com a publicação da **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, estabelece-se uma nova alteração de pressupostos que podem vir a auxiliar o intérprete-aplicador a compreender qual a intenção do legislador da reforma do Código dos Contratos Públicos, fornecendo pistas interpretativas de considerável relevo, ainda que o panorama de dificuldades não se altere exponencialmente.

Nesta análise, pretendemos avaliar o regime para o recurso à arbitragem de litígios respeitantes a contratos, não deixando de tomar posição nas querelas doutrinárias que se têm desenvolvido ao longo dos últimos tempos.

Iniciaremos o nosso estudo com breves notas gerais relativas à arbitragem. Findas estas, prosseguiremos com a análise dos regimes decorrentes do Código dos Contratos Públicos e do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e, a final, tomaremos posição nos debates doutrinários.

II. A Arbitragem: Breves Notas

I. Num primeiro momento de análise e, com o objetivo de deixar algumas pistas que nos podem ser úteis ao longo da análise que nos propomos realizar, importa clarificar algumas noções, nomeadamente quanto ao que devemos entender por arbitragem, uma breve noção de arbitragem voluntária e, em sentido contrário, arbitragem necessária. Por último, uma breve nota sobre a diferenciação entre arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucionalizada.

Quanto ao que devemos entender por arbitragem, importa salientar que esta pode ser tida como um meio de resolução alternativa de litígios, em que as partes assentam para encontrarem uma solução para o conflito que as opõe, constituindo uma “*manifestação de jurisdição voluntária*”⁽³⁾. Regra geral, é à autonomia das partes que compete aderir ou não à arbitra-

(3) Cf. FAUSTO DE QUADROS, *Arbitragem “Necessária”, “Obrigatória”, “Forçada”*: Breve Nótula Sobre a Interpretação do Artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. 2, 2012, Coimbra, Almedina, p. 258.

gem, redigindo para tanto um documento que se toma por convenção de arbitragem, em que esculpem o objeto do litígio, o modo de escolha dos árbitros, bem como o regime aplicável⁽⁴⁾. Desta consensualização das partes extrai-se a voluntariedade de adesão à arbitragem. É possível apresentar uma noção do que se deve entender por arbitragem, sendo certo que por seu intermédio, se constitui um “*meio de resolução alternativa de litígios, no qual as partes atribuem voluntariamente por efeito da celebração de um contrato — a convenção de arbitragem — o poder para a resolução do seu litígio a árbitros, os quais são terceiros independentes e imparciais que actuarão enquanto verdadeiros juizes, proferindo uma sentença que produz efeitos jurisdicionais*”⁽⁵⁾.

Relativamente à arbitragem voluntária, simplisticamente, trata-se daquela forma de arbitragem que não é imposta pelo legislador como o instrumento primordial para a composição de um litígio⁽⁶⁾. Assim, fica na disposição das partes o recurso à arbitragem, por intermédio da outorga da convenção de arbitragem, permitindo-lhes a constituição de um tribunal que lhes permita dirimir o litígio que as opõe⁽⁷⁾. Contrariamente, a arbitragem necessária é aquela em que “*o legislador impõe como quadro jurisdicional único*”⁽⁸⁾, dispensando a vontade das partes no recurso à arbitragem para a resolução de um determinado litígio, deixando esta de ser uma opção discricionária das partes, para uma imposição legislativa em que lhes resta apenas a possibilidade de escolha dos árbitros⁽⁹⁾.

Por último, a arbitragem é considerada *ad hoc* sempre que as partes quando celebram a convenção de arbitragem decidirem constituir um tribunal especificamente para dirimirem esse mesmo litígio, esfumando-se a sua existência com a resolução do litígio que desencadeou o seu estabelecimento⁽¹⁰⁾. No extremo oposto, a arbitragem é institucionalizada, sempre que as partes optem por, em caso de litígio, dirimi-lo por intermédio de um centro de arbitragem pré-existente, com uma estrutura administrativa e organizativa própria, ao regulamento deste se submetendo para a resolução do seu litígio⁽¹¹⁾.

(4) *Idem, idem.*

(5) Cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, 2019, Coimbra, Almedina, P.12.

(6) Cf. SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem dos Litígios Entre Particulares e a Administração Pública sobre Situações Regidas pelo Direito Administrativo*, in Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, 2014, Coimbra, Coimbra Editora, p. 683.

(7) Cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *cit.*, p. 14.

(8) Cf. SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem...*, *cit.*, p. 683.

(9) Cf. FAUSTO DE QUADROS, *Arbitragem...*, *cit.*, p. 258.

(10) Cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *cit.*, pp. 18-19.

(11) *Idem, idem.*

Arrumadas que se encontram as necessárias noções prévias, importa avançar para a matéria relativa à arbitrabilidade de questões administrativas⁽¹²⁾, mormente, as “*questões respeitantes a contratos*”.

II. Cumpre, desde logo, salientar que a arbitragem de litígios que corporizem relações administrativas, isto é, entre entes privados e entes administrativos, vê hoje a sua admissibilidade ser pacificamente admitida no nosso país⁽¹³⁾. Há, na Doutrina, setores que não consideram os Tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais, ao arrepio de um amplo consenso Doutrinário e, em última instância, do nosso texto constitucional decorrente da revisão constitucional de 1982⁽¹⁴⁾.

Assim, desde a referida revisão constitucional, a nossa Constituição, refere expressamente no n.º 2 do art. 209.º a possibilidade da existência de tribunais arbitrais. Ora, esta norma não pode ser interpretada isoladamente, olvidando o disposto no n.º 1 do art. 202.º, também da nossa Constituição, que estabelece que os tribunais têm a competência de administrar a justiça em nome do Povo. Ou seja, com a revisão constitucional de 1982, o Estado perdeu o monopólio da função jurisdicional⁽¹⁵⁾, mas perder o

⁽¹²⁾ Para o estudo da evolução registada no nosso país, veja-se, entre outros, SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem...*, cit., p. 683, ss.; cf. RUI MEDEIROS, *Arbitragem Administrativa e Constituição*, in Estudos em Homenagem a Agostinho Pereira de Miranda, 2019, Coimbra, Almedina, p. 448, ss.; cf. RICARDO PEDRO, *Arbitragem de Direito Público: Um Instituto em (Permanente) Evolução: Breve Apontamento*, in Estudos sobre Arbitragem (em especial, de Direito Público), 2019, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 28, ss.

⁽¹³⁾ Cf. MÁRIO AROS DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, reimpressão da 4.ª ed., 2018, Coimbra, Almedina, p. 1313.

⁽¹⁴⁾ Veja-se nesse sentido PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, nomeadamente, quando o Autor refere que, considera “os vulgarmente chamados «tribunais arbitrais» como quase-tribunais ou, com mais rigor, como «entidades privadas de resolução de litígios jurídicos» e os seus membros como árbitros ou «leigos» no «exercício privado de uma atividade de tipo parajurisdicional, necessariamente imperfeito ou incompleto”, ainda que o Autor não negue que ela existe e, mercê de uma “interpretação obliqua dos arts. 20.º, 202.º, 209.º, 212.º/3, 266.º e 268.º da Constituição”, esta seja admissível no nosso ordenamento jurídico-administrativo. Cf. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem Administrativa e Código dos Contratos Públicos: Dissidentes da Boa Administração do Interesse Público*, in Revista de Direito Administrativo, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 71.

⁽¹⁵⁾ Cf. RUI MEDEIROS, *Arbitragem...*, cit., p. 448. No mesmo sentido, pensamos poder enquadrar ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, sobretudo, quando este refere que, “a arbitragem é uma actividade jurisdicional já que constitui um modo de resolução de controvérsias por forma unilateral e vinculativa, visando a tomada de uma decisão que produz os efeitos tipos de um acto jurisdicional (falamos do caso julgado e força executiva)”, concluindo o Autor, dizendo que, “exercendo a função jurisdicional, como é amplamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência (...) é difícil dizermos que os tribunais arbitrais não são verdadeiros tribunais. Sobretudo se tivermos em consideração que o poder judicial, separado dos outros poderes, só pode ser exercido por tribunais — não podendo ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos”. Cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Do Recurso de Decisões Arbitrais para o Tribunal Constitucional*, in Revista Themis, Ano IX, n.º 16, 2009, Coimbra,

monopólio não significa que esta não seja sua competência. Melhor dito, pelo simples facto do reconhecimento da arbitragem como uma forma de resolução litígios, não significa que os Tribunais Administrativos, sejam relegados para um papel subsidiário, ou meramente instrumental. Na verdade, a arbitragem administrativa, deve ser vista como uma forma alternativa de resolução de litígios, a par dos Tribunais Estaduais, e não como o método primordial e preferencial de resolução de litígios administrativos.

Assumida que se encontra a admissibilidade da arbitrabilidade de questões administrativas, foquemos a nossa atenção na arbitragem de “*questões respeitantes a Contratos*”.

III. A Arbitragem de “*Questões Respeitantes a Contratos*”

Por uma questão puramente metodológica, e porque a publicação da Lei que revê o Código de Processo nos Tribunais Administrativos se trata de um texto legislativo posterior, iniciaremos a nossa análise pelo regime constante do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos para, em momento posterior, analisarmos o texto decorrente da revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. É o que faremos em seguida.

Almedina, p. 199. Em sentido contrário, PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, sobretudo, ao afirmar que: “*as entidades arbitrais não exercem a função jurisdicional. Esta função (do Estado) é necessariamente soberana, una e pública*”, sublinhando, ainda que, as “*entidades arbitrais*” praticam “*uma atividade privada quase-jurisdicional ou jurisdicional imperfeita (parajurisdicional)*”. O Autor prossegue a sua argumentação, assentando ainda que, lhe parece “*mais rigorosa a expressão «atividade privada parajurisdicional imperfeita e incompleta», atendendo (i) à origem e (ii) ao significado próprio da «jurisdição», ligado aos poderes próprios e definidores do que um Estado soberano de Direito desde os finais do Século XVIII, bem como ligada ainda, (iii) às conaturais incompletudes de tutela que a justiça privada transporta e (iv) ao diferente estatuto legal-deontológico-financeiro dos árbitros*”. Cf. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem...*, cit., p. 70. Esta é uma posição relativamente isolada na Doutrina e que, igualmente, não encontra acolhimento na jurisprudência do Tribunal Constitucional, ao estabelecer o Tribunal que, “*mesmo que os tribunais arbitrais não se enquadrem na definição de tribunais enquanto órgãos de soberania, nem por isso podem deixar de ser qualificados como tribunais para outros efeitos constitucionais, visto serem constitucionalmente definidos como tais e estarem constitucionalmente previstos como categoria autónoma de tribunais (haverá, portanto, outros tribunais, para além dos que podem ser qualificados como órgãos de soberania)*”, prosseguindo ainda o Tribunal dizendo que, “*o tribunal arbitral voluntário é um órgão que, embora formado caso a caso, se constitui precisamente para exercer a função jurisdicional, para, em suma, praticar os actos jurisdicionais para que tiver sido solicitado dentro dos quadros da convenção de arbitragem*”. Assim, “*no desenvolvimento da sua acção, da prática dos actos próprios da sua competência jurisdicional*”. Cf. Acórdão n.º 230/86, de 8 de Julho de 1986, disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/221998>>.

a. O Regime do Código dos Contratos Públicos

I. O regime decorrente da revisão operada em 2017 do Código dos Contratos Públicos, por intermédio do **Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto**, aditou o art. 476.º, sob a epígrafe “*Resolução Alternativa de Litígios*”⁽¹⁶⁾. É, neste artigo, que se concentram as inovações relativas à matéria da arbitragem. Desde logo, no preâmbulo do referido Decreto-Lei, o legislador assenta que, “*em cumprimento do Programa do Governo, ao nível do descongestionamento dos tribunais, estabelece-se um regime que promove a resolução alternativa de litígios, com preferência pelos centros de arbitragem institucionalizados, permitindo um julgamento mais rápido e menos oneroso de litígios que oponham cidadãos e empresas a entidades públicas em matéria de contratação pública*”.

Ora, a primeira ilação que podemos retirar do texto legal, prende-se com a necessidade encontrada pelo legislador de encontrar uma forma de descongestionamento dos Tribunais Estaduais. Assim, entende-se que a opção legislativa pela resolução alternativa de litígios, *máxime* pela arbitragem se prende com uma forma de descongestionar os tribunais. Sendo lícita, não deixa de ser uma aposta discutível, uma vez que vários dos benefícios decorrentes da opção pela via arbitral acabam por relegadas para segundo plano, com o texto legal decorrente desta revisão do Código dos Contratos Públicos. Na verdade, acaba por se retirar a ideia que, o legislador tentou encontrar uma forma de se desresponsabilizar do crónico atraso da jurisdição administrativa, socorrendo-se, para tal, da via arbitral. É certo que a celeridade é uma das vantagens inerentes ao fenómeno arbitral mas, não é o único e, corre-se o risco da arbitragem passar a ser encarada apenas como a válvula de escape do sistema⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Conforme já vimos *supra* a arbitragem é, por definição, um mecanismo de resolução alternativa de litígios e, por isso, a epígrafe do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos se afigura correta. Em face da referência do art. 476.º, n.º 1 do referido código a “*outros meios de resolução alternativa de litígios*”, parece poder afirmar-se com um elevado grau de certeza que, o legislador se refere à mediação. Deve-se, contudo, assentar, na esteira de RICARDO PEDRO, que “*deve ter-se em conta que a mediação, enquanto meio de resolução, tende a não assegurar o mesmo nível de garantia do conteúdo dos direitos que a administração da justiça estadual oferece, verificando-se, assim, um fenómeno de degradação do direito, (...) sobretudo pelo carácter negociado que é inerente à mediação e pela perspectiva de privilégio dos interesses face aos direitos*”. Cf. RICARDO PEDRO, *Arbitragem e Outros Meios de Resolução de Litígios de Direito Administrativo, em Especial, em Matéria de Contratos Públicos: entre a efectividade e as dúvidas... E Notas Breves Sobre a Proposta de Lei n.º 168/XIII*, in Estudos sobre Arbitragem (em especial, de Direito Público), 2019, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 62. O Autor, acrescenta ainda que, falta saber se, tal como na arbitragem, há uma preferência pela mediação institucionalizada e o papel que se atribui ao juiz estadual. *Idem*, p. 69.

⁽¹⁷⁾ Como bem observa o insigne Professor SÉRVULO CORREIA, “*só por falta de entendimento da natureza e do papel da arbitragem se poderia esperar que ela servisse para desobstruir o atrelamento nos órgãos de jurisdição judicial. A arbitragem não contribui para aliviar em termos quantita-*

II. O regime que decorre do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos detém múltiplas virtualidades que, não só efetuam um corte legislativo com a linha que vinha a ser trilhada pelo legislador, nomeadamente, na revisão de 2015 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁽¹⁸⁾, como acabam, em face do n.º 2 do art. 476.º, por levantar a dúvida se ainda estamos perante o recurso à arbitragem voluntária ou, contrariamente, se esta se acaba por se revelar uma arbitragem necessária para quem queira participar em determinado procedimento, em que a entidade adjudicante expressamente tenha optado por prever o recurso à arbitragem para dirimir qualquer litígio decorrente deste.

Neste sentido, a Doutrina tem produzido um vibrante debate colocando frente-a-frente, quem defende que estamos diante de arbitragem necessária em face da opção do legislador; quem, contrariamente, defende que ainda estamos diante de arbitragem voluntária, conservando o candidato, concorrente ou participante, o direito de aceitar ou não a sujeição à arbitragem; e, por último, quem defende que essa depende dos efeitos da não-aceitação da arbitragem por parte do candidato, concorrente ou participante. Em seguida, daremos nota dos principais argumentos expedidos pelas duas teses em confronto para, posteriormente, tomarmos posição no debate.

Pela banda dos que consideram que a arbitragem gizada pelo legislador, reveste contornos de arbitragem necessária, argumenta-se, em síntese que, não sendo esta uma arbitragem verdadeiramente necessária por não ser expressamente imposta por lei, arredando-se, assim, o recurso aos tribunais estaduais, esta não deixa de assumir caráter de obrigatória para quem queira participar no procedimento, sendo imposta pela entidade adjudicante⁽¹⁹⁾. Assim, será apenas verdadeiramente voluntária, para a entidade adjudicante que a impõe aos potenciais participantes no procedimento que, desde logo, são obrigados a declarar a sua adesão, de forma expressa, à arbitragem nos moldes em que esta foi gizada pela entidade adjudicante⁽²⁰⁾. Há, igualmente, quem defenda que a arbitragem dese-

*tivamente significativos a dificuldade dos tribunais no asseguramento de um prazo razoável na feitura de justiça, mas tão só para melhorar o estado das coisas com efeitos positivos num plano qualitativo. Assim sucede na medida em que ela permite acelerar a solução de litígios cujo relevo potenciará as consequências sócio-económicas negativas da lentidão na condução dos processos". Cf. SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem...*, cit., p. 702.*

⁽¹⁸⁾ Cf. TIAGO SERRÃO, *Considerações Sumárias Sobre a Arbitragem no CCP Revisto*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, A.A.F.D.L. Editora, p. 95.

⁽¹⁹⁾ Cf. ANDRÉ GASPAS MARTINS, *A arbitragem na Contratação Pública: Algumas Questões*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, A.A.F.D.L. Editora, p. 51.

⁽²⁰⁾ Cf. PEDRO LEITE ALVES, *A Arbitragem de Direito Público*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, A.A.F.D.L. Editora, p. 84, nota 21.

nhada pelo legislador, coloca o particular na posição de completa sujeição à entidade adjudicante, não lhe restando a liberdade necessária para acolher, ou não, essa determinação, ficando na posição de possível exclusão de proposta caso não aceite a sujeição à arbitragem⁽²¹⁾. Para esta corrente doutrinária, a arbitragem necessária gizada pelo legislador não deixa de ser tida como “*sui generis*”, dado que, depende de uma decisão emanada da entidade adjudicante, que remove a consensualização entre as partes de recurso à arbitragem, anuindo a lei com a imposição da entidade adjudicante⁽²²⁾, permitindo a esta última uma ampla discricionariedade.

Contrariamente, e pela banda daqueles que a consideram arbitragem voluntária, há uma argumentação ligeiramente diferente, dizendo-se, fundamentalmente, que não se tratando de uma arbitragem imposta por lei, afastando a tutela jurisdicional dos tribunais estaduais, esta não pode ser verdadeiramente considerada como arbitragem necessária⁽²³⁾. De igual modo, também se defende que a possibilidade de imposição do recurso à via arbitral por parte da Administração se enquadra dentro do normal conjunto de condições que a entidade adjudicante impõe aos concorrentes nas peças do procedimento⁽²⁴⁾. Um outro argumento utilizado pelos partidários da não existência de arbitragem necessária, reside na ideia de aceitação do ente privado, na sujeição à arbitragem do eventual litígio que surja, quer no período pré-contratual, quer no período contratual. Isto é, mesmo que a arbitragem seja proposta pela entidade adjudicante, só se efetiva mediante a expressa aceitação do ente privado. Caso não a aceite, este, mediante uma decisão sua e voluntária, será sempre livre de não participar no procedimento⁽²⁵⁾.

(21) Cf. TIAGO SERRÃO, *Considerações Sumárias...*, cit., pp. 93-94.

(22) Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CCP Revisto*, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.ª ed., 2018, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, pp. 1247-1248.

(23) Cf. ANDRÉ GASPAS MARTINS, *A arbitragem...*, cit., p. 51.

(24) Cf. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos*, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos*, Coordenação: CARLA AMADO GOMES e RICARDO PEDRO, 2018, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 329.

(25) Cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A Arbitragem e o Artigo 476.º na Revisão do Código dos Contratos Públicos*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, A.A.F.D.L. Editora, p. 62. Argumento que, aliás parece ser também expedido por SANDRA TAVARES MAGALHÃES, quando a Autora nos diz que, “os alicerces desta matriz são, por um lado, a vontade e iniciativa da entidade adjudicante de sujeitar à jurisdição arbitral os litígios emergentes de procedimentos ou contratos aos quais se aplique o CCP, e, por outro lado, a ponderação que cabe ao operador económico fazer sobre o seu interesse em participar num determinado procedimento, nos termos propostos pela entidade adjudicante, caso pretenda exercer essa opção”. Cf. SANDRA TAVARES MAGALHÃES, *A Arbitragem no Código dos Contratos Públicos: Breves Notas*, in *Estudos em Homenagem a Agostinho Pereira de Miranda*, 2019, Coimbra, Almedina, p. 468.

Uma última corrente Doutrinária, com um posicionamento mais mitigado, vem defender que, estamos perante uma arbitragem necessária, nos termos em que a previsão do clausulado legal, constitua uma condição de participação no procedimento. Ora, nesta gama de situações, poder-se-ia dizer — como faz alguma doutrina⁽²⁶⁾ — que, estaríamos diante de uma posição de difícil compatibilização com todos os princípios de contratação pública, sendo desproporcional, desnecessária e irrazoável, uma vez que não pode constituir uma condição essencial de acesso à contratação pública, limitando o acesso concorrencial à faculdade de participação no procedimento. Nestes casos, isto é, aqueles em que a não-aceitação da arbitragem pelo ente privado conduz à rejeição da proposta — apesar da difícil compatibilização com as causas de rejeição de propostas elencadas no Código — esta não pode deixar de ser entendida como arbitragem necessária⁽²⁷⁾, conduzindo à sua difícil constitucionalidade, mercê do disposto no n.º 5 do referido art. 476.º do Código dos Contratos Públicos.

III. Uma outra gama de questões decorre da preferência que o legislador expressamente assume pela arbitragem em centros de arbitragem institucionalizados⁽²⁸⁾, nomeadamente em face das várias alíneas do disposto no n.º 2 do referido art. 476.º, nomeadamente, mediante a aceitação dos interessados, candidatos ou concorrentes à jurisdição do centro de arbitragem competente para o julgamento daquele litígio [cf. a al. a)]; ou, a necessidade de aceitação do cocontratante da jurisdição de determinado centro de arbitragem para todos os litígios decorrentes daquele contrato [cf. a al. b)]; ou, ainda e por fim, a possibilidade de remissão para as regras de um determinado centro de arbitragem [cf. a al. c)]. Concomitantemente, o n.º 3 do mesmo artigo estabelece como exceção a resolução fora de centros de arbitragem institucionalizada, uma vez que “*só pode ser determinada*” num reduzido conjunto de situações. Na verdade, o legislador não assume apenas a sua preferência pela arbitragem pela sua celeridade na solução do litígio, prefere, igualmente, e de forma assumida, que esta se realize em centros institucionalizados, havendo assim, como que um duplo grau de preferência legislativa.

(26) Cf. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem...*, cit., pp. 78-79.

(27) Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem no Código dos Contratos Públicos Revisto*, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos*, Coordenação: CARLA AMADO GOMES e RICARDO PEDRO, 2018, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 290.

(28) Desde logo, ao dizer no preâmbulo do Decreto-Lei que revê o Código, que promove a arbitragem, mas “*com preferência pelos centros de arbitragem institucionalizados*”.

Em face desta preferência legislativa a Doutrina não deixou de fazer ouvir e valer a sua voz, produzindo um profícuo debate que daremos nota nas próximas linhas.

Assim, tem-se dito que, contrariamente aos litígios entre privados, os litígios a envolver a administração, devem ser escrutinados e transparentes, relevando ainda um cuidado especial na escolha dos árbitros assegurando a sua probidade, honestidade, independência técnica e imparcialidade, para além da sua competência⁽²⁹⁾. Há quem considere que a preferência só se materializa quando a entidade adjudicante escolha a submissão de eventuais litígios à arbitragem, o que, como não se trata de arbitragem necessária, pode não acontecer⁽³⁰⁾, contudo o impulso é sempre dado apenas pela entidade adjudicante⁽³¹⁾. Importa salientar que, em boa medida, a preferência do legislador pela arbitragem institucionalizada, decorre, de apenas excecionalmente e nas condições do n.º 3 do art. 476.º, se poder recorrer à arbitragem *ad hoc*⁽³²⁾. É precisamente por isto que, há quem defenda que esta preferência assumida pelo legislador se constrói, essencialmente, “*pela negativa*”, uma vez que se criam requisitos não-cumulativos para que se possa recorrer a tribunais arbitrais *ad hoc*, sendo por princípio, a preferência legal, o recurso a centros de arbitragem institucionalizados⁽³³⁾.

Há, noutra gama de argumentos, quem considere que com a submissão preferencial a centros de arbitragem institucionalizada, se possa perder a “flexibilidade” inerente ao fenómeno arbitral, ainda que esta seja uma opção estruturante e que possa, para além do que já se disse, vir a envolver menores custos associados às partes, sendo as suas regras, árbitros e demais encargos com os processos públicos e, como tal, sindicáveis. Este aumento de transparência retira algumas sombras que, ainda hoje pairam sobre a arbitragem, especialmente, a que envolve entidades públicas⁽³⁴⁾. É certo que, sendo o processo confidencial, para além da potencial desconfiança quanto ao seu desfecho, é uma parcela de transparência e de sindicabilidade de uma das funções do Estado que se coloca em causa, sendo,

(29) Cf. ANDRÉ GASPAS MARTINS, *A arbitragem...*, cit., p. 55.

(30) Cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 61.

(31) Cf. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem...*, cit., p. 78.

(32) Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CCP...*, cit., p. 1247.

(33) Cf. RICARDO PEDRO, *Questões Relativas à Institucionalização da Arbitragem Administrativa: Um puzzle em construção, um palimpsesto or something different*, in Estudos sobre Arbitragem (em especial, de Direito Público), 2019, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 89.

(34) Cf. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem e Contratação Pública — Brevíssimas Notas*, in Revista de Direito Administrativo, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, A.A.F.D.L. Editora, p. 58.

por isso mesmo, absolutamente inaceitável que esta não revista a necessária transparência e publicidade⁽³⁵⁾. Um argumento favorável ao recurso a centros de arbitragem institucionalizados, prende-se com a sua necessária especialização, isto é, o recurso ao regulamento do centro de arbitragem escolhido pela entidade adjudicante, permite que as normas a aplicar e a forma de resolução de determinado litígio seja acomodada por um centro que, pelo menos *a priori*, tem uma experiência maior do que a entidade adjudicante sendo, como tal, mais apta a promover uma boa decisão do litígio⁽³⁶⁾.

IV. Uma última gama de problemas parece decorrer da admissibilidade de recurso das decisões de valor superior a € 500.000, em claro contraciclo com a preferência pela não existência de recurso de decisões arbitrais, excetuados os casos do art. 39.º, n.º 4 da Lei da Arbitragem Voluntária, ou seja, quando voluntariamente as partes o estabeleçam na convenção de arbitragem, podendo-se questionar, se ainda estamos perante uma decisão que se arroga de estável, célere e definitiva, cuja base se reveste do manto de atratividade decorrente da arbitragem.

Neste sentido, há quem não entenda qual a razão que levou ao afastamento do Código do regime identificado nas linhas antecedentes⁽³⁷⁾, sendo excessivamente ampla a hipótese de recurso, em face da “alçada” criada pelo legislador⁽³⁸⁾. Ainda, relativamente ao montante da alçada há quem defenda que se deve questionar tanto a razoabilidade, como a proporcionalidade deste montante, considerando-a excessiva e injustificada⁽³⁹⁾. Pode-se considerar que esta se inspirou no art. 151.º, n.º 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e nas revistas *per saltum* para o Supremo Tribunal Administrativo, esgotando-se a analogia no valor da “alçada”⁽⁴⁰⁾.

Pode-se, igualmente, entender que o estabelecimento deste regime de recurso decorre duma cautela assumida pelo legislador, fazendo eco das dúvidas que possam ser suscitadas quanto à natureza da arbitragem aqui estabelecida, acautelando-se quanto a questões de constitucionalidade da

(35) Cf. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem no Âmbito...*, cit., p. 327.

(36) Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 299.

(37) Cf. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem no Âmbito...*, cit., p. 333.

(38) Cf. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem...*, cit., p. 59.

(39) Cf. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem...*, cit., p. 81.

(40) Cf. RUI MEDEIROS, *Regime de Recurso das Decisões Arbitrais no CCP Revisto — Uma Reflexão Constitucional*, in *A Constituição e a Administração Pública, Problemas de Constitucionalidade das Leis Fundamentais do Direito Administrativo Português*, Coord.: PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ/LUÍS ALVES, 2018, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 122.

ausência de recurso aos tribunais estaduais⁽⁴¹⁾. Propõe-se, ainda uma leitura alternativa da expressão “*nos termos da lei*” constante do n.º 5 do referido artigo, advogando-se que esta devia ser interpretada de conjunto com os art. 185.º-A do Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁽⁴²⁾, e os arts. 39.º, n.º 4 e 46.º, n.º 1 da Lei da Arbitragem Voluntária, donde decorre que o recurso, mesmo dentro desses valores deve ocorrer nos termos da lei, ou seja, vale apenas quando isso decorra da convenção das partes, devendo por interpretação *a contrario* entender-se que abaixo da “alçada” nunca haveria lugar a recurso⁽⁴³⁾.

Esta não é uma matéria que tenha sido encarada na Doutrina e nos práticos da arbitragem administrativa de ânimo leve, havendo quem considere que esta solução legislativa se afigura um verdadeiro retrocesso, levando a que se possa levantar um véu de descrença e desconfiança resolvidos pelo controlo judicial do Estado, relegando-se a arbitragem ao secundarizado papel de evitar a morosidade da primeira instância⁽⁴⁴⁾, mas não lhe confia a possibilidade de definitivamente se pronunciar sobre o litígio sem outro tipo de controlo⁽⁴⁵⁾. E isto, mercê do texto legal, vale quer para arbitragens *ad hoc*, quer para arbitragens institucionalizadas em centros de arbitragem, uma vez que o n.º 5 do artigo apenas se refere a “*decisão arbitral*”, não efetuando, qualquer tipo de distinção⁽⁴⁶⁾.

Podem levantar-se dúvidas quanto à constitucionalidade da solução legislativa encontrada, nomeadamente, por haver a possibilidade de todas as arbitragens de valor inferior a € 500.000, ficarem sem hipótese de recurso. Ora, considerando-se que na versão após a reforma, o legislador optou por gizar um mecanismo de arbitragem necessária, seria de difícil constitucionalidade, sustentar a validade deste preceito, mormente, por violação dos arts. 20.º, n.º 1 e 268.º, n.º 4, ambos da Constituição da República Portuguesa, a impossibilidade de recurso destas decisões arbitrais cuja hipótese de recurso se encontra coartada⁽⁴⁷⁾.

V. Analisadas que se encontram as principais problemáticas decorrentes do regime do Código dos Contratos Públicos, importa passar para o

(41) Cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 63.

(42) Na versão anterior àquela que resulta da Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro.

(43) Cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 63.

(44) Cf. PEDRO LEITE ALVES, *A Arbitragem...*, cit., pp. 84-85.

(45) Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 318.

(46) Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CCP...*, cit., pp. 1271-1273.

(47) Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CCP...*, cit., p. 1272; RUI MEDEIROS, *Regime de Recurso...*, cit., p. 122; e MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, cit., pp. 317-318.

regime do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, fazendo a ponte entre a revisão de 2015 e a recentíssima revisão de 2019.

b. O Regime do Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁽⁴⁸⁾

I. O Código de Processo nos Tribunais Administrativos, desde a sua entrada em vigor com a **Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro** que, por intermédio do art. 180.º, n.º 1, al. a) admite a constituição de Tribunal arbitral para o julgamento de questões relativas a contratos, nas quais se incluem a apreciação de atos administrativos relativos à sua execução. Contudo, no texto primitivo do código, este, no n.º 2 do referido art. 180.º, afasta, expressamente, a arbitragem dos casos em que existam contrainteressados, excetuados aqueles em que estes aceitem o compromisso arbitral⁽⁴⁹⁾.

Com a revisão profunda que este Código sofreu, por intermédio do **Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro**, e que acaba por redesenhar de forma muito marcante a arquitetura da arbitragem administrativa e, neste particular aquela que decorre de questões relativas a contratos⁽⁵⁰⁾. Com a revisão, a enunciada alínea a) do n.º 1⁽⁵¹⁾, passou a merecer uma redação substancialmente diferente, e viu ainda — o art. 180.º — ser-lhe alterada a redação do n.º 2⁽⁵²⁾ e aditado um n.º 3⁽⁵³⁾ que admite a arbitragem de ques-

⁽⁴⁸⁾ A análise que faremos sobre esta matéria, encontra-se, naturalmente, delimitada pelos problemas que analisámos relativamente ao Código dos Contratos Públicos. É certo que, o regime que decorre da Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro, levanta muito mais questões dogmaticamente relevantes, contudo, o escopo deste estudo impede uma análise detalhada de todas elas.

⁽⁴⁹⁾ A alteração introduzida pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, limitou-se a acrescentar uma alínea d) ao n.º 1, de molde a que seja admissível a constituição de um tribunal arbitral para o julgamento de “*litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público*”. Não é destas que cuidamos neste estudo.

⁽⁵⁰⁾ Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CPTA revisto: primeiras impressões*, in *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*, Coordenadores: CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES, TIAGO SERRÃO, 3.ª ed., 2017, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 499.

⁽⁵¹⁾ Com o referido Decreto-Lei a redação da alínea a) do n.º 1, passou a ser a seguinte: “*questões relativas a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução*”.

⁽⁵²⁾ Com o referido Decreto-Lei a redação do n.º 2, passou a ser seguinte: “*Quando existam contrainteressados, a regularidade da constituição de tribunal arbitral depende da sua aceitação do compromisso arbitral*”.

⁽⁵³⁾ O referido Decreto-Lei aditou o n.º 3 do art. 180.º, com a seguinte redação: “*A impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos pode ser objeto de arbitragem, mediante previsão no programa do procedimento do modo de constituição do tribunal arbitral e do regime processual a aplicar, que, quando esteja em causa a formação de algum dos contratos previstos no art. 100.º, deve ser estabelecido em conformidade com o regime de urgência previsto no presente Código para o contencioso pré-contratual*”.

tões pré-contratuais. As alterações ao art. 180.º, parecem ser um dos pratos favoritos do legislador, e com a recente alteração promovida pela **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, o legislador voltou a mexer no n.º 3, acrescentando-lhe duas alíneas, uma referindo-se à submissão das arbitragem de litígios pré-contratuais ao regime da urgência do contencioso pré-contratual constante dos arts. 100.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos [cf. a al. *a*] do n.º 3 do art. 180.º]; e, a outra, referindo-se à possibilidade de recurso das decisões proferidas nestas arbitragens [cf. a al. *b*] do n.º 3 do art. 180.º] a que, adiante, voltaremos.

II. A dúvida se o legislador não acaba por desenhar um mecanismo de arbitragem necessária não surgiu unicamente com o regime decorrente da revisão do Código dos Contratos Públicos. Na verdade o art. 182.º⁽⁵⁴⁾, na sua atual redação, decorrente do **Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro**, deixa dúvidas na interpretação a dar à epígrafe que estabelece o “*direito à outorga de compromisso arbitral*” e, no corpo do artigo, estabelece que: “*o interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no art. 180.º pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos casos e termos previstos na lei*”, sendo assim, debatido, o significado de o interessado poder exigir da administração a celebração de compromisso arbitral.

Houve quem defendesse que o texto legal que antecedia a revisão de 2015, não era claro e, como tal, redundava numa espécie de arbitragem «*forçada*» em que a entidade administrativa poderia assistir à constituição de um tribunal arbitral não desejado⁽⁵⁵⁾. Com a revisão do texto, esse problema acabou por ser ultrapassado em face da remissão para os “*casos e termos previstos na lei*”⁽⁵⁶⁾. Há quem defenda que este preceito não concede ao particular um direito potestativo à arbitragem caso em que a transmutaria para uma arbitragem «*forçada*», não sendo essa a intenção do legislador que atribui apenas uma faculdade ao particular de propor à entidade administrativa a celebração de um compromisso arbitral, não sendo

⁽⁵⁴⁾ Na sua versão primitiva que decorre da **Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro**, o artigo estabelecia que: “*o interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no art. 180.º pode exigir a celebração de compromisso arbitral, nos termos da lei*”. O artigo mereceu ainda uma alteração, nos termos da **Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro**, passando a estatuir que: “*o interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no art. 180.º pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos termos da lei*”.

⁽⁵⁵⁾ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 1326-1327 e PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem...*, cit., p. 77.

⁽⁵⁶⁾ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 1327.

esta obrigada a tal celebração⁽⁵⁷⁾. Relativamente à expressão “*nos termos da lei*”, parece haver consenso na referência que a operacionalidade desta, se encontra dependente de uma lei futura que efetive o regime jurídico referido neste artigo, sob pena de retirar a eficácia prática da remissão efetuada pelo preceito em análise⁽⁵⁸⁾.

III. Parece resultar do texto do art. 180.º, n.º 3 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, na versão anterior à revisão operacionalizada pela **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, que o legislador não assumia uma preferência pela arbitragem institucionalizada. Na verdade, há quem defenda que esta obrigação estabelecida pelo legislador do **Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro**, de previsão no programa do procedimento do modo de constituição do tribunal e do regime processual a aplicar, pretende que não se deixe a regulação dessa matéria para decisão do tribunal arbitral, nos termos do art. 30.º da Lei da Arbitragem Voluntária, ainda que nada impeça que a regulamentação seja feita por recurso para o centro de arbitragem institucionalizado que seja escolhido, devendo essa remissão estar expressamente efetuada nas peças do procedimento⁽⁵⁹⁾. A verdade é que a arbitragem *ad hoc* é aquela que corporiza o figurino tradicional da arbitragem, não havendo nenhuma remissão para os regulamentos dos centros no artigo, dando a ideia que o legislador a preferiu, em detrimento de um modelo preferencialmente institucionalizado⁽⁶⁰⁾. Com a revisão, este passou a remeter para os termos previstos pelo Código dos Contratos Públicos, assumindo o legislador a sua preferência pelo modelo de arbitragem institucionalizado, em linha com a reforma do Código dos Contratos Públicos de 2017.

Desta tríade de problemas, resta-nos a avaliação da matéria relativa à impugnação da decisão arbitral no Código de Processo nos Tribunais Administrativos. É o que faremos de seguida.

IV. A matéria relativa à impugnação da decisão arbitral, tem sido uma matéria com várias alterações ao longo do período de vigência do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. A versão primitiva do

⁽⁵⁷⁾ Cf. FAUSTO DE QUADROS, *Arbitragem...*, cit., p. 259.

⁽⁵⁸⁾ Cf. FAUSTO DE QUADROS, *Arbitragem...*, cit., p. 262 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 1327.

⁽⁵⁹⁾ Cf. RICARDO GUIMARÃES, *A Arbitragem e a Revisão do Código dos Contratos Públicos*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 88.

⁽⁶⁰⁾ Cf. TIAGO SERRÃO, *Considerações Sumárias...*, cit., p. 95.

Código, estabelecia que as decisões de tribunal arbitral poderiam ser anuladas pelo Tribunal Central Administrativo, com os fundamentos que na Lei da Arbitragem Voluntária determinam a anulação pelo Tribunal da Relação⁽⁶¹⁾, sendo certo que, as decisões poderiam ser alvo de recurso para o Tribunal Central Administrativo, nos mesmos moldes em que a Lei da Arbitragem Voluntária admite o recurso para o Tribunal da Relação, e desde que o tribunal arbitral não tenha decidido segundo a equidade⁽⁶²⁾. Na versão do art. 186.º que decorreu da revisão operada pela **Lei n.º 4.º-A/2003, de 19 de Fevereiro**, o seu n.º 1, passa a admitir a anulação da decisão arbitral pelo Tribunal Central Administrativo, com qualquer um dos fundamentos que a Lei da Arbitragem Voluntária admite a anulação da decisão arbitral, mantendo intacto o n.º 2 do referido artigo. Esta versão do artigo vigorou até à revogação deste operada pela **Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro**, que aprovou a Lei da Arbitragem Voluntária⁽⁶³⁾. O **Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro**, aditou o art. 185.º-A que estabelece que, as decisões proferidas por tribunal arbitral podem ser impugnadas nos termos e fundamentos da Lei da Arbitragem Voluntária⁽⁶⁴⁾. Este artigo, acabou a ser profundamente alterado na recente revisão da **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, ao transformar a anterior previsão legislativa no novo n.º 1 do artigo, aditando-lhe um n.º 2 e um n.º 3. Quanto ao primeiro — o n.º 2 — estabelece-se que a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão que ponha termo ao processo arbitral, é suscetível de recurso para o Tribunal Constitucional na parte em que recuse a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou, por seu turno, aplique uma norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada. Quanto ao segundo — o n.º 3 — a decisão sobre o mérito que ponha termo ao processo arbitral é suscetível de recurso, com efeito meramente devolutivo para o Supremo

(61) Cf. o n.º 1 do art. 186.º, n.º 1 na versão da **Lei n.º 15/2022, de 22 de Fevereiro**.

(62) Cf. o n.º 2 do art. 186.º, n.º 1 na versão da **Lei n.º 15/2022, de 22 de Fevereiro**.

(63) Em anotação à norma revogatória da referida lei, ARMINDO RIBEIRO MENDES, refere que “a revogação do art. 186.º do CPTA decorre da circunstância de o novo quadro de impugnação das sentenças arbitrais (cf. arts. 39.º, n.º 4, e 46.º, n.º 1, da LAV) ser comum a todos os processos arbitrais independentemente da natureza do litígio, fazendo a LAV uma distinção apenas em matéria de competência dos tribunais estaduais (art. 59.º)”. Cf. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Coord.: DÁRIO MOURA VICENTE, 4.ª ed. revista e atualizada, 2019, Coimbra, Almedina, p. 30.

(64) ARMINDO RIBEIRO MENDES, defende que esta norma acaba por “«represtinar» de certo modo o disposto no art. 186.º do CPTA revogado”. Cf. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Lei da... cit.*, p. 30. Temos, ainda, em sentido próximo, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA, ainda que os Autores entendam este como mais abrangente do que o anterior art. 186.º, por permitir quer o recurso quer à anulação decorrente da aplicação conjugada dos arts. 46.º e 39.º, n.º 4 da Lei da Arbitragem Voluntária. Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário... cit.*, p. 1334.

Tribunal Administrativo, quando esteja em oposição, quanto à mesma questão essencial de direito com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou do Supremo Tribunal Administrativo [cf. a al. a)]; ou, quando se aprecie uma questão que, pela relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja necessária para a melhor aplicação do direito à causa, nos termos do art. 150.º que trata do recurso de revista [cf. a al. b)].

Para além desta alteração, a recente **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**⁽⁶⁵⁾, também procedeu a alterações, no regime dos recursos, de atos pré-contratuais. Desde logo, a nova alínea b), do n.º 3 do art. 180.º do referido Código que nos diz que “*em litígios de valor igual ou inferior ao previsto no n.º 5 do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos, da decisão arbitral cabe recurso urgente para o tribunal administrativo competente, com efeito meramente devolutivo, se essa possibilidade tiver sido salvaguardada pela entidade adjudicante nas peças do procedimento, ou declarada por algum dos concorrentes ou candidatos nas respetivas propostas ou candidaturas*”. Há quem considere que esta aproximação ao regime do Código dos Contratos Públicos, tem o pecado original de trazer várias dificuldades emergentes desta, dizer apenas respeito a atos pré-contratuais, enquanto que o Código dos Contratos Públicos se refere, também a contratos, podendo levar a questões que se prendem, nomeadamente, com o facto de saber se esta diz respeito apenas a litígios pré-contratuais, ou contratuais⁽⁶⁶⁾; se, basta que apenas um dos concorrentes declare para

(65) Em matéria de arbitragem, a Proposta de Lei n.º 168/XIII, refere que: “*em função da recente alteração ao Código dos Contratos Públicos (“CCP”), operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, e de modo a harmonizar os diferentes regimes de arbitragem consagrados no CPTA e no CCP, altera-se o art. 180.º, prevendo que quando esteja em causa a impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no art. 100.º, o recurso à arbitragem seguirá os termos previstos no CCP, devendo o regime processual a aplicar ser estabelecido em conformidade com o regime de urgência previsto no CPTA para o contencioso pré-contratual, e prevendo, ademais, que quando o preço base do contrato a celebrar seja inferior ao valor estipulado no n.º 5 do art. 476.º do CCP, qualquer dos concorrentes possa juntar à respetiva proposta uma declaração que manifeste a sua vontade de poder recorrer da decisão arbitral nos termos previstos na referida disposição do CCP, estendendo-se aos demais concorrentes a possibilidade de recurso, e à entidade adjudicante, a título subordinado*”. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43156>>.

(66) Cf. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *A Arbitragem Administrativa no quadro da Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: algumas notas*, in Atas da Conferência Sobre Iniciativas Legislativas da Reforma do Processo Administrativo e Tributário, Coordenadores: EDUARDO PAZ FERREIRA/VASCO PEREIRA DA SILVA/ANA PAULA DOURADO/JOÃO MIRANDA/NUNO CUNHA RODRIGUES/ ANA GOUVEIA MARTINS, 2019, Lisboa, edição ICJP-CIDP, P.103, disponível em: <<https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/17644/view>>.

que todos fiquem automaticamente vinculados à via arbitral⁽⁶⁷⁾; e, por fim, o que acontece à declaração de concorrente, se for excluída e, sobre se o litígio, pode ou não incidir sobre a decisão de exclusão da proposta⁽⁶⁸⁾. Pode, ainda, considerar-se que, esta alteração legislativa confere razão, àqueles que consideram que na anterior alteração ao Código dos Contratos Públicos, o legislador consagrou no n.º 5 do art. 476.º, um mecanismo de arbitragem necessária, fazendo uso do seu poder legislativo para, na alteração que gizou no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, esvanecer a eventual inconstitucionalidade do referido preceito do Código dos Contratos Públicos, em face da violação da garantia constitucional de acesso ao direito, moldando o regime àquele que foi encetado pelo regime decorrente do Código dos Contratos Públicos⁽⁶⁹⁾. Por último, há quem considere que a leitura do preceito decorrente da revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, conjugado com o Código dos Contratos Públicos, permite concluir que o texto do primeiro se destina aos recursos facultativos⁽⁷⁰⁾.

V. Enunciados que se encontram os problemas que nos propusemos analisar no presente estudo, avançaremos, nas próximas linhas, para a tomada de posição acerca das referidas problemáticas, assumindo aquela que nos parece ser a interpretação a vingar *de iure constituto*.

c. Posição Adotada

I. Aqui chegados importa tomar parte no debate dos três pecados originais da reforma ao regime da arbitragem relativa a matérias contratuais iniciada na revisão do Código dos Contratos Públicos e harmonizada — e, supomos nós, terminada — na revisão do Código de Processos nos Tribunais Administrativos.

É certo que, pelo menos alguns destes problemas que temos vindo a analisar não surgiram apenas com as revisões acima identificadas, mas a verdade é que, todos eles acabaram por ver a sua magnitude reforçada com as estudadas reformas.

⁽⁶⁷⁾ *Idem, idem.*

⁽⁶⁸⁾ *Idem, idem.*

⁽⁶⁹⁾ Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem Administrativa de Atos Pré-Contratuais: Análise Temática no Contexto do Documento “Propostas Legislativas para a Reforma da Jurisdição Administrativa e Fiscal”*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 3, Setembro/Dezembro de 2018, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 63.

⁽⁷⁰⁾ Cf. RICARDO PEDRO, *Arbitragem e Outros...*, cit., p. 75.

II. Relativamente ao *primeiro pecado*, importa avaliar se ainda podemos considerar que nos encontramos diante de uma arbitragem voluntária ou, se contrariamente, já entrámos no regime de uma arbitragem necessária. Importa notar, num primeiro momento, que, quando falamos em arbitragem voluntária falamos de um produto de vontade de ambas as partes, de origem contratual, e plasmado na convenção de arbitragem⁽⁷¹⁾. É certo que, por tratarmos com a Administração, é necessária a norma habilitante que admita a arbitrabilidade do litígio, sendo certo que, não basta a escolha da administração, é necessário de igual modo, a anuência do particular a essa sua submissão de forma expressa⁽⁷²⁾.

Ora, a tese que considera que se trata de arbitragem necessária, fá-lo fundamentalmente, pelo entendimento de esta, ter o poder de impor, sob pena de exclusão da proposta, ao particular a aceitação expressa dessa submissão. Na verdade, reconhecendo que pode haver uma previsão obrigatória por parte da administração, temos dúvidas se já se pode falar em arbitragem necessária, sobretudo por duas ordens de razões: a primeira, por não resultar de nenhuma das alíneas do n.º 2 do art. 70.º, nem tão-pouco, do n.º 2 do art. 146.º, ambos do Código dos Contratos Públicos a não aceitação por parte do concorrente como causa para a exclusão da proposta⁽⁷³⁾; a segunda, porque mesmo os defensores desta possibilidade tendem a reconhecer que esta possibilidade não deixa de representar uma arbitragem necessária “*sui generis*” porque se encontra dependente de uma decisão discricionária da entidade adjudicante que coarta a consensualização entre as partes⁽⁷⁴⁾. Estamos com quem defende que esta discricionariedade absoluta da Administração na escolha da arbitragem, em detrimento do Tribunal estadual pode ser complexa e, para além disso, deixa sem resposta o porquê da opção legislativa⁽⁷⁵⁾.

Também nos parece não colher o argumento segundo o qual, ao concorrente restará sempre a possibilidade de, não aceitando a previsão de aceitação expressa do recurso à arbitragem, não se submeter ao procedimento pré-contratual⁽⁷⁶⁾. Não colhe, porque verdadeiramente, a única

(71) Cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *cit.*, p. 57.

(72) Cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *cit.*, pp. 101-102.

(73) Ainda que, como bem nota MARCO CALDEIRA, possa “*a entidade adjudicante aditar expressamente esta causa de exclusão nas peças do procedimento ao abrigo do art. 132.º, n.º 4, como bem prevê o art. 146.º, n.º 2, alínea n) do CCP*”. Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, *cit.*, pp. 289-290, nota 25. Caso exista esta previsão, dificilmente se conseguirá fugir ao figurino da arbitragem necessária.

(74) Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CCP...*, *cit.*, pp. 1247-1248.

(75) Cf. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem...*, *cit.*, p. 58 e, de forma um pouco mais desenvolvida em: JOÃO MIRANDA, *Arbitragem no Âmbito...*, *cit.*, p. 329.

(76) Cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A Arbitragem...*, *cit.*, p. 62 e SANDRA TAVARES DE MAGALHÃES, *Arbitragem...*, *cit.*, p. 468.

voluntariedade é negativa, isto é não se submeter ao procedimento o que, como já foi — e bem, diga-se de passagem — notado, mistura “*dois planos distintos: o da obrigatoriedade de uma determinação normativa e o da liberdade do sujeito em colocar-se sob o âmbito de previsão da norma*”(77). Admitir-se uma possibilidade destas, violaria a liberdade de iniciativa económica, constitucionalmente consagrada(78), violando, igualmente, o princípio da concorrência, quer conforme se encontra disposto, quer no art. 18.º da **Diretiva 2014/24/UE**, quer no art. 1.º-A, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos. A este voltaremos.

Parece-nos, assim, que a tese que melhor colhe na leitura do art. 476.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos é aquela que defende que a arbitragem é voluntária ou, contrariamente, necessária, consoante os efeitos da não-aceitação do recurso à arbitragem. E isto é, no nosso entendimento, assim, porque a administração no conjunto de poderes especiais que detém decorrentes da necessidade de satisfação do interesse público por intermédio do contrato celebrado(79), garante que a Administração conserva para si mesma, poderes especiais conformados no seu Poder administrativo(80) que lhe permitem impor, nas peças do procedimento, um conjunto amplo de condições a quem pretenda concorrer ao procedimento(81).

Assim, entendemos a arbitragem como uma «proposta» da Administração no programa do procedimento ou no caderno de encargos, que o concorrente pode ou não aceitar(82), redundando na ausência do acordo de vontades que submeta a resolução de eventual litígio à arbitragem e, em consequência, esse eventual litígio será da competência dos tribunais esta-

(77) Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 291.

(78) Cf. art. 61.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

(79) Na lição de MARIA JOÃO ESTORNINHO, “*ao contrário do que se quis fazer crer nas últimas décadas, os contratos públicos não são oportunidades de negocio para as entidades públicas (negócios que acabam por se revelar, em tantos casos, ruinosos para o erário público e para os cidadãos), mas sim instrumentos de realização de tarefas públicas, ao serviço das mais varias políticas públicas*”. Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Uma Oportunidade Perdida... Breve apreciação crítica do Anteprojeto de Agosto de 2016 de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 118, Julho/Agosto de 2016, Braga, CEJUR, p. 4.

(80) Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, com a colaboração de PEDRO MACHETE e LINO TORGAL, Vol. II, 4.ª ed., 2018, Coimbra, Almedina, pp. 24-25.

(81) Cf. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem no Âmbito...*, cit., p. 329.

(82) Cf. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem...*, pp. 78-79. O Autor chega a ir mais longe e a dizer que: “*É como se o n.º 2 cit. dissesse «Quando a entidade adjudicante pretenda sujeitar os eventuais litígios pré-contratuais ou contratuais a arbitragem voluntária, deve propor...»*”. Em nosso, entender a interpretação que deve ser feita, é aquela que respeita a ambiguidade da redação legislativa e permite que lhe sejam apostas várias possibilidades.

duais⁽⁸³⁾. De contrário, caso a rejeição da arbitragem por parte dos interessados em participar no procedimento, conduza à imediata exclusão da proposta, não restam dúvidas que essa arbitragem deverá ser qualificada como necessária e, nesse caso, será coartada a livre participação no procedimento, violando não só a livre iniciativa económica constitucionalmente consagrada, como também, o princípio da concorrência que, como se sabe, é um princípio fundamental na arquitetura do Código dos Contratos Públicos⁽⁸⁴⁾.

Sobre este último, sempre se dirá que, para além de se assumir como princípio basilar da legislação europeia quanto à adjudicação de contratos públicos⁽⁸⁵⁾, visa ainda, “*as relações entre empresas, isto é, os concorrentes ou proponentes. Pretende-se que exista entre estes uma concorrência paralela no que se refere ao pedido de fornecimento*”⁽⁸⁶⁾; paralelamente, este princípio, diz ainda respeito, “*à relação entre as entidades adjudicantes que devam ser qualificadas como empresas e as empresas em particular ao comportamento de uma entidade adjudicante com uma posição dominante no mercado relativamente às empresas, ou ao de uma empresa em posição dominante no mercado para com a entidade adjudicante*”⁽⁸⁷⁾; assim, e por último, o princípio, “*tem por objectivo proteger a concorrência do ponto de vista institucional*”⁽⁸⁸⁾. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça, já se entendeu que, “*para satisfazer o objetivo de desenvolvimento de uma concorrência efetiva em matéria de contratos públicos*”, devem os procedimentos ser organizados, “*de modo a que a entidade adjudicante esteja em condições de comparar diferentes propostas e escolher a mais vantajosa com base em critérios objectivos*”⁽⁸⁹⁾.

Em suma, a arbitragem não será tida como necessária, sempre que não conduza à exclusão da proposta, sendo necessária, ainda que de forma atípica, sempre que a rejeição da arbitragem pelo concorrente conduza à exclusão da proposta expedida.

Esta matéria foi alvo de análise também, em face do regime do art. 182.º do Código do Processo nos Tribunais Administrativos⁽⁹⁰⁾, aderindo nós à tese que defende que o que está ali em causa é a proposta do

(83) Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 290.

(84) No mesmo sentido, cf. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem...*, p. 79.

(85) Cf. CHRISTINE STIX-HACKL, Conclusões da Advogada-Geral, Processo n.º C-247/02, de 1 de Julho de 2004, n.º 33.

(86) Cf. CHRISTINE STIX-HACKL, cit., n.º 34.

(87) Cf. CHRISTINE STIX-HACKL, cit., n.º 35.

(88) Cf. CHRISTINE STIX-HACKL, cit., n.º 36.

(89) Cf. Ac. TJUE, de 16-09-1999, Proc. C.27/98 (Fracasso e Leitschutz).

(90) Cf. *supra*, III.b.II.

particular de propor à administração a submissão de determinado litígio à resolução com recurso a tribunal arbitral e, não, um direito potestativo à arbitragem⁽⁹¹⁾. O direito do particular finda-se no direito de propor à entidade adjudicante o recurso à arbitragem, podendo esta aceitar, ou não.

III. Relativamente ao — *segundo pecado* — que versa sobre a preferência do legislador pela institucionalização da arbitragem, esta acaba por ser perceptível, em função da ponderação de interesses que este aqui acaba por realizar. Isto é, a partir do momento em que o legislador manifesta a sua preferência pela arbitragem, ainda que apenas como uma espécie de primeira instância alternativa aos tribunais estaduais administrativos, sempre tentaria que a sua *longa manus* mantivesse os seus poderes, visto que os centros de arbitragem institucionalizados são criados, de acordo com o disposto no **Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro**.

Discordamos de quem entende que esta preferência se encontra relacionada com a inerente transparência necessária, porque bastaria cumprir com o disposto no art. 185.º-B⁽⁹²⁾ do Código de Processo nos Tribunais Administrativos para que, independentemente da arbitragem ser institucional ou *ad hoc*, todas as decisões arbitrais fossem alvo de publicidade e, como tal, de escrutínio público⁽⁹³⁾. Assim, entendemos que este não pode deixar de ser um argumento falacioso, alicerçado numa visão algo enviesada da arbitragem. Já, manifestamos a nossa concordância com quem entende que a preferência do legislador se materializa pela negativa, isto é, em função de apenas em casos excecionais se poder usar da arbitragem *ad*

⁽⁹¹⁾ No mesmo sentido de, FAUSTO DE QUADROS, *Arbitragem.... cit.*, p. 259.

⁽⁹²⁾ Aditado pelo **Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro**, estabelecendo que “*as decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça*”. Com a revisão decorrente da **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, este enunciado preceito viu passar o seu ponto único, a n.º 1 e a ser-lhe aditado um n.º 2 que estabelece que: “*As decisões arbitrais apenas podem ser executadas depois de depositadas, pelo tribunal arbitral, devidamente expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito, junto do Ministério da Justiça para publicação informática, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça*”.

⁽⁹³⁾ SÉRVULO CORREIA dá nota desta necessidade de escrutínio através da expressão de uma “*responsabilidade democrática*”, que possui, como ideia base a “*sujeição ao escrutínio dos cidadãos movida por um dever geral de «dar conta» (duty to give na account)*”. assim, esta “*não se contenta com a abstenção de ocultar: a obrigação de permitir o acompanhamento público da atuação administrativa implica comportamentos organizatórios, procedimentais e processuais*”, sendo o contencioso administrativo que efetiva a “*responsabilidade democrática da Administração*”, porque para além da administração da justiça em nome do povo, o “*processo se mostra apto a funcionar como câmara de ressonância para efeito de controlo pela opinião pública*”. Cf., *A Arbitragem.... cit.*, p. 701.

hoc, mediante o preenchimento dos requisitos do n.º 3 do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos⁽⁹⁴⁾.

Ainda que de forma parcial, concordamos que pode ser de difícil compatibilização prática um sistema arbitral preferencialmente *ad hoc*, decorrente da sua natureza inorgânica e, como tal, sem a estabilidade necessária à boa aplicação do direito⁽⁹⁵⁾. Acresce ainda, a dificuldade prática do recurso à arbitragem *ad hoc*, mercê da possível interpretação restrita por parte do Tribunal de Contas do n.º 4 do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos, ao estabelecer uma cláusula barreira, que vincula a entidade adjudicante a elaborar uma avaliação do impacto económico do recurso à arbitragem *ad hoc*, designadamente quanto aos honorários dos árbitros, advogados, taxas, custas e outras despesas. Esta manifestação do princípio da boa administração contido no art. 5.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo, pode redundar em alguns “amargos de boca” a quem entenda preenchidos algum dos requisitos não-cumulativos do n.º 3 do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos.

Uma última palavra para referir que o requisito constante da alínea *a*) do n.º 3 do art. 476.º, tem uma característica esdrúxula que não pode deixar de ser notada, é que, se há vantagem que frequentemente se assaca aos centros de arbitragem institucionalizada é, precisamente, o elevado grau de especialização que permite, entre outras coisas, a promoção de uma melhor aplicação do direito à causa e, subsequentemente, uma boa decisão do litígio, não se compreendendo, como pode o legislador travestir uma das maiores vantagens da arbitragem institucionalizada, num requisito que afasta, precisamente, o recurso a arbitragem institucionalizada.

Também no Código de Processo nos Tribunais Administrativos na versão anterior à revisão da **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, se entendia que o legislador não assumia a preferência pela arbitragem institucional⁽⁹⁶⁾. Com esta revisão, e em coerência legislativa, com aquilo que havia sido a opção de 2017, mercê da remissão que o art. 180.º, n.º 3, passou a efetuar para o regime disposto no Código dos Contratos Públicos⁽⁹⁷⁾,

⁽⁹⁴⁾ Cf. neste sentido TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CCP...*, cit., p. 1247 e RICARDO PEDRO, *Questões...*, cit., p. 89.

⁽⁹⁵⁾ Neste sentido, vide MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Nota sobre a Arbitragem no Anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, in Newsletter do CAAD, n.º 1, 2016, pp. 5-6, disponível em: <https://issuu.com/caad.arbitragem/docs/newsletter_caad_n1_2016>.

⁽⁹⁶⁾ Cf. *supra*, III.b.III.

⁽⁹⁷⁾ Ainda que seja discutível a técnica legislativa que remete o regime adjetivo que deveria regular a arbitragem administrativa de forma minuciosa para o regime constante do Código dos Contratos Públicos.

o legislador manifesta a sua preferência pelo mecanismo de arbitragem institucionalizada.

IV. Debrucemo-nos, por ora, nos problemas resultantes do disposto no art. 476.º, n.º 5 do Código dos Contratos Públicos — o *terceiro pecado*.

Um primeiro momento de análise, permite assinalar que a boa regra na arbitragem, é a da irrecorribilidade da sentença, na aplicação conjugada dos arts. 39.º, n.º 4 e 46.º, n.º 1, ambos da Lei da Arbitragem Voluntária, decorrendo do princípio da definitividade da decisão arbitral⁽⁹⁸⁾. E isto, na prática, acontece porque se pretende evitar o “*contacto dos tribunais estaduais com o exercício da jurisdição pelos tribunais arbitrais. Mas é evidente que quando se trilha este caminho, não se evita apenas que os tribunais estaduais controlem o mérito das decisões arbitrais: também se suprime o controlo da decisão por uma segunda instância. As partes ficarão inexoravelmente vinculadas àquilo que for decidido por uma única instância de decisão*”⁽⁹⁹⁾. Esta irrecorribilidade, estende-se quer às decisões de fundo, quer às decisões sobre questões processuais que, nomeadamente, extingam o processo por falta de algum dos seus pressupostos⁽¹⁰⁰⁾. Contudo, e conforme o amplo consenso Doutrinário, a exclusão do recurso ordinário, não extingue a possibilidade de controlo pelo recurso extraordinário de revisão, nos termos em que o mesmo pode ser interposto numa sentença emanada de um tribunal estadual⁽¹⁰¹⁾.

Estamos do lado de quem entende que não há razão alguma, pelo menos à data da revisão do Código dos Contratos Públicos, que justifique o afastamento deste regime, mediante uma alçada excessiva, injustificada e, como tal, desproporcionada para balizar o regime de recurso. A única justificação que podemos cogitar é a possibilidade de o legislador ter algumas dúvidas sobre a voluntariedade do regime que criou, deixando-o a salvo de uma leitura de possível inconstitucionalidade daquelas arbitragens cuja possibilidade de recurso ficasse coartada⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁸⁾ Cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *cit.*, pp. 406-407.

⁽⁹⁹⁾ Cf. PAULA COSTA E SILVA, *Estabilidade da Decisão Arbitral*, in Estudos em Homenagem a Agostinho Pereira de Miranda, 2019, Coimbra, Almedina, pp. 376-377

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Coord.: DÁRIO MOURA VICENTE, 4.ª ed. revista e atualizada, 2019, Coimbra, Almedina, p. 140.

⁽¹⁰¹⁾ Cf. *et alia* JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *cit.*, p. 141; PAULA COSTA E SILVA, *Estabilidade...*, *cit.*, p. 377, e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *cit.*, p. 409.

⁽¹⁰²⁾ Não comungamos do entendimento de JOÃO TIAGO SILVEIRA, ao propor uma leitura alternativa da expressão “*nos termos da lei*” que, nos parece se tratar de uma interpretação corretiva que pretende salvar a constitucionalidade da norma. No mesmo sentido, cremos, RUI MEDEIROS, ao dizer que: “*o elemento histórico não confirma a bondade de uma tal leitura*”, para concluir dizendo que, “*há*

Já se disse em linhas antecedentes que o receio de uma possível inconstitucionalidade — a que regressaremos — não justifica que se tenha encarado o instituto da arbitragem como uma espécie de primeira instância distanciada dos tribunais estaduais, sem que esta tenha a possibilidade de, sobre o litígio, fornecer a última palavra mas, pior do que o encarar da arbitragem como uma espécie de mecanismo de libertação dos tribunais estaduais, são as putativas sombras e nuvens negras que podem pairar sobre um mecanismo de resolução de litígios desburocratizado, célere e, nalguns casos, altamente especializado⁽¹⁰³⁾. Permitindo isto, o legislador não está — ainda que se manifeste em sentido inverso — a, verdadeiramente, motivar e promover a arbitragem.

Importa, por ora, deter a nossa atenção sobre as possíveis dúvidas de constitucionalidade⁽¹⁰⁴⁾ do art. 476.º, n.º 5 do Código dos Contratos Públicos. É certo que essas dúvidas, se correlacionam com a interpretação que se faça relativamente à natureza da arbitragem. Isto é, sendo ela necessária pela interpretação do n.º 2 do referido 476.º, não se poderá concluir de outra forma que não seja a difícil compatibilização deste com a garantia constitucional de acesso ao direito e aos tribunais⁽¹⁰⁵⁾; contrariamente, e sendo ela voluntária, nos termos que já enunciámos, não existe qualquer problema de compatibilidade constitucional. Mas, o legislador com as dúvidas que o regime que gizou lhe suscita, optou por tentar cobrir todos os flancos, tentando salvar o preceito, pelo menos nas arbitragens de maior valor⁽¹⁰⁶⁾.

argumentos fortes que revelam a intenção inequívoca que subjaz ao disposto no art. 476.º, n.º 5 do CCP revisto e, por isso, a eventual inconstitucionalidade da solução adotada não pode ser salva por via de uma interpretação corretiva conforme à constituição”. Cf., Regime de Recurso..., cit., pp. 118-119.

⁽¹⁰³⁾ Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 318.

⁽¹⁰⁴⁾ Dado o âmagô do nosso estudo e análise que temos vindo a efetuar, deixámos de parte, o problema da eventual inconstitucionalidade, por suposta violação do art. 165.º, n.º 1, alínea p) da Constituição da República Portuguesa. Neste sentido remetemos, com posições antagónicas, para RUI MEDEIROS, *Regime de Recurso...*, cit., p. 133, ss.; e, JOÃO MIRANDA, *Arbitragem no Âmbito...*, cit., p. 234, ss.

⁽¹⁰⁵⁾ É que esta garantia da via judiciária, deve ser tida “*como a dimensão primacial do direito de acesso aos tribunais, conexcionada, nesta sede, com o princípio fundamental da reserva do juiz, implica a outorga aos interessados legítimos do direito ao processo, ou seja, do exercício da acção judicial para tutela efectiva e jurisdicional de quaisquer situações juridicamente protegidas*”. Cf. CARLOS LOPES DO REGO, *Garantia da Via Judiciária, Arbitragem Necessária, Direito ao Recurso e Patrocínio Judiciário: Questões Recentes na Jurisprudência Constitucional*, in *Revista JULGAR*, n.º 29, Maio-Agosto de 2016, Coimbra, Almedina, pp. 82-83.

⁽¹⁰⁶⁾ O que levará, inevitavelmente e partindo do pressuposto de existência de uma arbitragem necessária, a concluir que o art. 476.º, n.º 5 do Código dos Contratos Públicos é “*parcialmente inconstitucional por não prever justamente «recurso de decisões arbitrais quanto a valores iguais ou inferiores a 500.000€», privando assim as partes do direito ao recurso quando a causa não ultrapasse o referido limiar*”. Cf. RUI MEDEIROS, *Regime de Recurso...*, cit., pp. 127-128.

Importará, a este passo, um brevíssimo excuro à Jurisprudência do Tribunal Constitucional acerca da possibilidade de recurso, em casos de arbitragem necessária, isto é, se os tribunais estaduais são, ou não, uma garantia de tutela dos interesses em que obrigatoriamente a lei submete à arbitragem. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional, começa por dizer que a “*possibilidade de institucionalizar formas de composição não jurisdiccional de conflitos, nos termos do n.º 4 desse mesmo art. 202.º, e de submissão de litígios a uma jurisdição arbitral, como prevê o n.º 2 do art. 209.º, não significa que o recurso a um tribunal estadual não seja ainda a principal via de acesso ao direito e que não possam ser estabelecidos, com base nessa reserva de jurisdição, certos limites à constituição de tribunais arbitrais*”⁽¹⁰⁷⁾. Na verdade, prossegue o aresto, “*o direito fundamental de acesso aos tribunais constitui tendencialmente uma garantia de acesso a tribunais estaduais em resultado da necessária conexão entre esse direito e a reserva de jurisdição, que apenas poderá caracterizar uma reserva de jurisdição arbitral quando o acesso ao tribunal arbitral seja livre e voluntário*”⁽¹⁰⁸⁾. Assim, as decisões arbitrais irrecorríveis representam “*uma clara violação do direito de acesso aos tribunais, 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*”⁽¹⁰⁹⁾. Deste modo, a parcela da norma que recuse o recurso a um tribunal estadual, “*viola o direito de acesso aos tribunais*”⁽¹¹⁰⁾. Assim, o direito fundamental de acesso aos tribunais, apenas se encontra satisfeito, quando as partes possam discutir o mérito da decisão, pelo que sempre será necessária a possibilidade de recurso ao tribunal estadual, sendo a restrição deste acesso resultado de uma insuficiência do respeito pelo referido direito fundamental e, como tal, uma violação do mesmo⁽¹¹¹⁾. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 781/2013, de 20-11-2013, Processo n.º 916/13 (JOSÉ DA CUNHA BARBOSA), conclui do mesmo modo do Acórdão anteriormente citado, “*na medida em que permitem o recurso para um tribunal estadual apenas em casos excepcionais, violam o direito de acesso aos tribunais, quando entendido em articulação com o princípio da proporcionalidade, nas referidas vertentes e justa medida*”.

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/2013, de 24-04-2013, Processo n.º 279/2013** (CARLOS FERNANDES CADILHA).

⁽¹⁰⁸⁾ *Idem, idem.*

⁽¹⁰⁹⁾ *Idem, idem.*

⁽¹¹⁰⁾ *Idem, idem.*

⁽¹¹¹⁾ *Idem, idem.*

Das linhas antecedentes podemos retirar que o Tribunal Constitucional, rejeita a constitucionalidade de uma norma que coarte o acesso ao direito e aos tribunais nos termos do art. 20.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e do princípio da tutela jurisdicional efetiva, nos termos do art. 268.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa⁽¹¹²⁾. Recordemos que, esta questão apenas se coloca, caso se considere que estamos diante de uma arbitragem necessária, uma vez que, por definição, esta só é necessária quando imposta por lei e, no caso do art. 476.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos — este ponto, indiscutível —, apenas pode ser imposta pela entidade adjudicante. É certo que, esta admissibilidade de recurso, ainda que relativamente atabalhoada, é um dado a favor da consideração que a arbitragem é necessária — ainda que atípica — porque imposta pela entidade adjudicante, mas, apenas a prática esclarecerá, qual o resultado da rejeição pelo candidato ou concorrente, da arbitragem imposta pela entidade adjudicante.

A verdade é que, um dos principais motivos de atratividade da arbitragem, nomeadamente a administrativa e em sede de contratação pública, prende-se com a estabilidade da decisão e, nomeadamente, com a inexistência de recurso e, subsequentemente, a celeridade com que se alcança uma decisão definitiva. Tendo isto em mente, dificilmente será atrativo aos particulares o recurso à arbitragem quando a decisão da primeira instância — digamos assim, e com o apoio do que parece ter sido a intenção do legislador — ainda carece de confirmação, remetendo o calendário das empresas, a uma agenda sempre sobrecarregada e arrastada dos tribunais estaduais, nomeadamente, no caso dos tribunais superiores. É, em nosso entendimento, uma péssima opção, da qual não podemos deixar de discordar.

Se o panorama era complexo, com a revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos no art. 180.º, n.º 3, alínea *b*), não se registaram melhorias significativas. A verdade é que, por um lado, somos da opinião que a **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, ainda que obrigue a uma leitura conjunta com o regime do Código dos Contratos Públicos, para onde expressamente remete, se aplica apenas às arbitragens relativas a atos pré-contratuais. E isso decorre, expressamente, da letra da lei, quando refere que “*quando esteja em causa a impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no art. 100.º*”⁽¹¹³⁾. Assim, a questão da possível inconstitucionalidade pode ficar parcial-

(112) Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CCP...*, cit., p. 1271.

(113) Negritos nossos.

mente resolvida, mas apenas relativamente a atos pré-contratuais de valor inferior àquele da alçada constante do n.º 5 do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos. Em suma, e de forma esquemática o que temos é o seguinte:

- (i) questões relativas a atos pré-contratuais e contratuais de valor superior a € 500.000, recurso obrigatório nos termos do disposto nos arts. 476.º, n.ºs 1 e 5 do Código dos Contratos Públicos;
- (ii) questões relativas a contratos de valor inferior a € 500.000, recurso limitados aos casos em que previsto pelas partes, nos termos da aplicação conjugada do art. 476.º, n.ºs 1 e 5 do Código dos Contratos Públicos e do disposto no art. 39.º, n.º 4 da Lei da Arbitragem Voluntária, ou seja, facultativos;
- (iii) questões relativas a atos pré-contratuais de valor inferior a € 500.000, recurso obrigatório nos termos da aplicação conjugada dos arts. 476.º, n.ºs 1 e 5 do Código dos Contratos Públicos, e do art. 180.º, n.º 3, alínea b) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Repare-se — insista-se — que apenas com os receios que já fomos elencando quanto à possível inconstitucionalidade da ausência de previsão de recurso, se compreende que o legislador tenha optado pela previsão de recurso, ao arrepio da consideração, a que também já aludimos, da estabilidade e definitividade da decisão dimanada do tribunal arbitral, muito mais célere do que aquela que é dimanada de tribunal estadual, e que formula um dos principais campos atrativos da arbitragem. Assim, e com a previsão de recurso obrigatória em alguns casos, é de esperar uma diminuição de entusiasmo pelo recurso à arbitragem⁽¹¹⁴⁾.

Em suma, e para além de todas as críticas que já fizemos nas linhas antecedentes, o legislador para além de ter gizado um regime complexo, acaba por não conseguir “desligar a ficha” da possível inconstitucionalidade decorrente do terreno sensível e arenoso que decidiu pisar ao lançar a dúvida — que permanece — sobre se a arbitragem decorrente do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos é, ou não, necessária.

(114) Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, cit., pp. 318-319.

IV. A Reforma que Fica por Fazer

I. Cada vez que se revê o regime da arbitragem administrativa, assiste-se a um coro de vozes a entoar, tanto a favor das alterações como, contra as alterações gizadas pelo legislador, o que demonstra que este é um terreno em permanente mutação, em larga medida motivada pela prática arbitral.

Desde a entrada em vigor da revisão do Código dos Contratos Públicos que, algumas vezes se foram levantando a favor da emergência do estabelecimento de uma Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária⁽¹¹⁵⁾. Na verdade, não se pode dizer que as dificuldades que se sentem sejam uma novidade dos tempos atuais e, como tal, não tenham sido já levantadas pela Doutrina ao longo dos anos. A esse propósito, SÉRVULO CORREIA defendia que, o estabelecimento de normas específicas para a arbitragem administrativa, devia ser uma tarefa do legislador, “*editando regras especiais capazes de fazer refletir na arbitragem administrativa as especificidades das relações jurídicas administrativas controvertidas*”⁽¹¹⁶⁾. Prossegue ainda o excelso Professor, dizendo que, “*não defendemos de modo algum que fosse necessária e benéfica a vigência de uma lei própria da arbitragem administrativa contraposta à Lei da Arbitragem Voluntária, considerada como diploma de processo civil. Na grande maioria dos seus preceitos, a LAV (2011) mostra-se adequada à disciplina da arbitragem administrativa*”. Uma vez que, esta “*articula, de um modo indispensável também à arbitragem administrativa, as arbitragens internacionais sediadas em Portugal com a aplicação das regras de direito estrangeiro, bem como regula o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais proferidas em país estrangeiro. Todos estes aspetos podem relevar para arbitragens administrativas nas quais a Administração Pública portuguesa seja parte*”⁽¹¹⁷⁾. Concluindo o Professor que, seria preferível o aditamento à Lei da Arbitragem Voluntária, “*já que se trata de esmaltar com algumas regras especiais o regime geral contido na LAV e aplicável, sem prejuízo daquelas, à arbitragem administrativa*”⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁵⁾ Veja-se a título de exemplo, RUI MEDEIROS, *Regime de Recurso...*, cit., pp. 118-119; ANDRÉ GASPAS MARTINS, *A Arbitragem...*, cit., pp. 55-56; TIAGO SERRÃO, *Considerações Sumárias...*, cit., p. 97, Nota 14; Alertando para essa eventualidade, PEDRO LEITE ALVES, *A Arbitragem...*, cit., p. 85.

⁽¹¹⁶⁾ Cf. SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem...*, cit., p. 705.

⁽¹¹⁷⁾ *Idem, idem*.

⁽¹¹⁸⁾ Cf. SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem...*, cit., p. 707.

Em momento posterior às palavras do insigne Mestre⁽¹¹⁹⁾ já presenciávamos duas reformas do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, sem que fossem aditadas as aludidas regras específicas que, desse modo, complementaríamos o regime, com as especificidades próprias da arbitragem administrativa. Quanto à Lei da Arbitragem Voluntária, e como o Mestre afiançou, não houve qualquer interesse em fazer qualquer aditamento de especialidade, ao texto que decorre da reforma de 2011, por isso não nos restam grandes alternativas que não sejam a criação de uma Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária, respondendo aos apelos de práticos e académicos em matérias de arbitragem administrativa.

II. A verdade é que parece ser essa a reforma que ficou por fazer na segunda década dos anos 2000, ainda que cada vez mais e, particularmente, a partir da segunda metade desta década essa necessidade seja sentida e, como tal, assume um carácter emergente a resposta legislativa a esta falta de regulamentação específica. Já este ano, e no culminar de um labor muito complexo, se lançou para o debate doutrinário uma proposta de Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária que, segundo os seus Autores, *“surge a pretexto e no contexto dessas intervenções legislativas e do relativo frenesim doutrinário e jurisprudencial que lhes tem estado subjacente: se, por um lado, elas contribuíram para que se fossem dando os passos necessários na afirmação da arbitragem administrativa como um verdadeiro e próprio meio alternativo de resolução de alguns dos litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, o certo é que, por outro lado, tais intervenções, e sobretudo as mais recentes, não foram nem são isentas de críticas”*. Assim, os Autores da proposta assumem que, esta tem o *“objetivo de simplificar o quadro regulatório de, pelo menos, um segmento do universo da arbitragem administrativa. Partindo do regime atualmente vigente nos arts. 180.º a 187.º do CPTA e no art. 476.º do CCP, o projeto que se apresenta pretende por isso dar corpo, como o próprio nome indica, a uma lei unificada sobre a arbitragem administrativa voluntária”*⁽¹²⁰⁾.

Em suma, o debate está lançado, já há uma proposta que acaba por dar corpo à ansiedade dos práticos da arbitragem administrativa no nosso país. O arrojo dos Autores permitiu lançar o debate na comunidade prática

⁽¹¹⁹⁾ Diga-se de passagem, não temos a certeza que, volvido este tempo o Mestre ainda mantenha a mesma posição relativamente à desnecessidade de elaboração de uma Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária.

⁽¹²⁰⁾ Cf. ANA CELESTE CARVALHO/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/DAVID PRATAS BRITO/JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/RICARDO PEDRO/TIAGO SERRÃO, *Arbitragem Administrativa: Uma Proposta*, Coord.: TIAGO SERRÃO, 2019, Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, Almedina, p. 28.

e acadêmica, esperando-se que este debate chegue onde deve chegar e, da parte do poder legislativo, haja a sensibilidade de perceber a necessidade e a urgência da clarificação de um regime que, mercê das sucessivas alterações se tem transformando num complexo dédalo.

V. Conclusões

I. A arbitragem administrativa em matérias relativas a contratos públicos tem assumido um especial relevo e popularidade entre os práticos, mormente dada a sua celeridade e qualidade de decisão de litígios emergentes de contratos públicos. Quer a revisão de 2017 do Código dos Contratos Públicos, quer a revisão de 2019 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, optaram por alterar sobremaneira o figurino até então conhecido, retirando-se dessas alterações três pecados originais que influenciam, não só o sucesso das reformas, como podem deitar por terra todo o caminho de evolução até aqui seguido, mercê de décadas de prática arbitral. Não obstante o legislador ter assumido a intenção de proceder a uma promoção da arbitragem, na prática poderá acontecer um desencorajamento dos agentes económicos, em face do intrincado e complexo quadro normativo gizado.

II. O *primeiro pecado* das reformas encontra-se relativamente ao debate se o legislador promoveu um regime de arbitragem necessária ou, de contrário, continua a tratar-se de arbitragem voluntária. A este propósito, defendemos uma leitura do art. 476.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, que privilegie a consideração como necessária ou voluntária, consoante os efeitos produzidos pela não-aceitação da proposta de arbitragem da entidade adjudicante pela parte do candidato, concorrente ou participante. Nos casos em que a não-aceitação conduza à rejeição da proposta, não temos dúvidas que estaremos diante de uma arbitragem necessária ainda que atípica, sendo dificilmente compatível com o princípio da concorrência; contrariamente, se a proposta do concorrente não for excluída pela entidade adjudicante, com base na não-aceitação da proposta de arbitragem, estaremos ainda no campo da arbitragem voluntária.

III. O *segundo pecado* da reforma prende-se com a preferência do legislador pela arbitragem institucionalizada, em centros de arbitragem. É certo que esta escolha do legislador pode, por um lado, potenciar a boa

aplicação do Direito e, eventualmente, aumentar a transparência sobre as decisões proferidas, contudo, não deixa de retirar um pouco da elasticidade que a arbitragem costuma demonstrar para uma célere decisão final quanto ao litígio.

IV. Afigura-se de extrema dificuldade aos operadores económicos afastarem o recurso a um centro institucionalizado de arbitragem, uma vez que, admitindo que a entidade adjudicante, considere, no caso concreto, verificado algum dos requisitos do n.º 3 do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos, sempre terá de realizar um estudo de impacto económico-financeiro da opção por respeito ao disposto no n.º 4 do referido artigo, naquela que parece ser uma manifestação do princípio da boa administração do art. 5.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo.

V. O *terceiro pecado* prende-se com a inversão da boa regra da irrecorribilidade da decisão de tribunal arbitral, nos termos do disposto nos arts. 39.º, n.º 4 e 46.º, n.º 1 da Lei da Arbitragem Voluntária, estabelecendo o recurso obrigatório em questões de valor superior a € 500.000, nos termos do disposto no art. 476.º, n.º 5 do Código dos Contratos Públicos.

VI. O estabelecimento de uma alçada deste montante, deve ser tida como excessiva, injustificada e, como tal, manifestamente desproporcionada, apenas podendo encontrar como justificação, o facto do legislador ter dúvidas acerca da voluntariedade do regime que criou e, em face disso, colocar-se a salvo de uma leitura que considere o regime de arbitragem necessária. Esta leitura, pode ter como consequência a inconstitucionalidade da norma por violação da garantia de acesso ao direito e aos tribunais constante do art. 20.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, dado que este apenas obriga o recurso nos casos em que os € 500.000 sejam ultrapassados, deixando sem hipótese de recurso os casos em que o montante não seja ultrapassado. Esta opção legislativa, acaba por secundarizar a arbitragem ao papel de uma primeira instância distanciada dos tribunais estaduais. Desta forma, esfuma-se um dos principais motivos de atratividade da arbitragem e, por isso mesmo, espera-se uma diminuição do entusiasmo dos agentes económicos quanto ao recurso a tribunais arbitrais.

VII. A revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, por intermédio da **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, ainda que, obrigue a uma leitura conjunta com o regime decorrente do Código dos Contratos Públicos, acaba por, em nosso entendimento, apenas se aplicar a

arbitragens pré-contratuais, pelo menos atentando na letra da alínea *b*), do n.º 3 do art. 180.º. O legislador resolve, em nosso entendimento parcialmente, a questão de inconstitucionalidade, uma vez que, em todos os atos — contratuais e pré-contratuais — de valor superior a € 500.000 o recurso reveste natureza obrigatória; nas questões relativas a contratos de valor inferior a € 500.000, o recurso limita-se aos casos em que as partes especificamente o previram; e, por último, nos atos pré-contratuais de valor inferior a € 500.000, o recurso é obrigatório em função do novo art. 180.º, n.º 3, al. *b*) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Assim, conclui-se que o legislador não afasta definitivamente o fantasma da inconstitucionalidade do regime, caso a arbitragem seja considerada necessária.

VIII. Tem sido identificada e sentida um pouco por toda a comunidade de práticos da arbitragem a necessidade de uma Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária que, atentando às especificidades da Arbitragem Administrativa complementar a Lei da Arbitragem Voluntária, sendo essa a verdadeira reforma que o legislador deixa ainda por fazer. Para o estabelecimento de uma Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária, já existe uma proposta concreta que, mediante o arrojo dos seus Autores, lançou o debate para que o legislador assumira esta reforma e respondesse aos pedidos de clarificação que surgem de todos os quadrantes da Doutrina.