

**Arbitragem e Interesse Público**  
**X Congresso do CBAr – 19 a 20 de Setembro de 2011**  
**Brasília**

**O Estado e a Arbitragem nos Contratos Administrativos: O  
caso português**

**José Miguel Júdice**

(membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI e da lista de árbitros e  
conciliadores ICSID, coordenador da área de arbitragem de PLMJ)

[josemiguel.judice@plmj.pt](mailto:josemiguel.judice@plmj.pt)  
[www.josemigueljudice-arbitration.com](http://www.josemigueljudice-arbitration.com)

1. Cumprimentos e agradecimentos pelo convite.
2. Homenagem à comunidade arbitralista brasileira aqui reunida.
3. Importância do tema do Congresso na actual conjuntura económica brasileira.
4. O convite que me foi feito justifica-se não por mim, mas apenas:
  - a) Pela tradição portuguesa de recurso à arbitragem em contratos de empreitadas de obras públicas;

- b) Pela experiência legislativa e contratual que sobre o tema das arbitragens em áreas reguladas se foi acumulando ao longo de mais de 20 anos em Portugal;
- c) Pelo carácter inovador da legislação portuguesa em matéria de arbitragens de direito público e em especial em relação a contratos administrativos e até a actos administrativos;
- d) Pela qualidade da reflexão doutrinária sobre o tema;
- e) Pelos precedentes que resultaram de laudos arbitrais em especial na área das PPP's e dos contratos de concessão.

5. O regime legal português é de facto altamente favorável à arbitragem de direito público e teve uma importante evolução nesse sentido nos últimos 40 anos:

5.1. A arbitragem também foi escolhida desde cedo como meio de resolução de litígios pelo legislador português.

Uma das áreas pioneiras foi a legislação sobre expropriações que, desde a Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948 estabeleceu a regra – que continua a vigorar no actual Código de Expropriações (Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, alterada pela Lei n.º 56/2008, de 4 de Setembro) – que o valor devido por indemnização seja fixado por arbitragem e que da decisão arbitral haja recurso judicial.

5.2 Desde 1969 que está prevista a arbitragem para os contratos de empreitada de obra pública. O diploma foi sendo alterado e em 1999 o Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (RJEOP) – hoje revogado pelo Código dos Contratos Públicos (CCP) de 2008 - determinava, nos arts. 253 e 258 a 263, também o recurso à arbitragem, sendo que se houvesse essa opção, por acordo das partes (que pode ser prestado em contrato ou por compromisso arbitral posterior), o tribunal arbitral decidia obrigatoriamente de acordo com a equidade:

“Art 253: 1 – As questões que se suscitem sobre **interpretação, validade ou execução do contrato de empreitada de obras públicas**, que não sejam dirimidas por meios gratuitos, poderão ser submetidas aos tribunais.  
2 – Os tribunais competentes são os administrativos, **podendo as partes, todavia, acordar em submeter o litígio a um tribunal arbitral**.

Art. 258: 2 – O tribunal arbitral será constituído e funcionará nos termos da lei, entendendo-se, porém, que **os árbitros julgarão sempre segundo a equidade**”.

A legislação sobre contratos de empreitada das obras públicas foi, desde o primeiro diploma favorável à decisão de litígios por arbitragem, segundo uma matriz de simplicidade e de celeridade que se manteve:

- i) Decisão por equidade;
- ii) Redução a 2 articulados;
- iii) Limite de 2 testemunhas por facto;
- iv) Discussão da causa sempre por escrito.

- 5.3. Após a revolução de 25 de Abril de 1974, a Lei nº 80/77 criou “comissões arbitrais” para determinar o valor das indemnizações decorrentes das nacionalizações que ocorreram em 1975, reconhecendo assim o princípio da arbitragem para questões de direito público.
- 5.4. Um passo essencial foi dado na revisão de 1982 da Constituição da República Portuguesa (CRP), passando a arbitragem a ter dignidade constitucional. O art. 209 determina:

- “
1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais:
    - a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância;
    - b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais;
    - c) O Tribunal de Contas.
  2. Podem existir tribunais marítimos, **tribunais arbitrais** e julgados de paz”.

5.5. Em todo o caso, foi a partir do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (DL 129/84) (ETAF) que ocorreu a evolução essencial (“uma revolução”, diz o Professor Paulo Otero), pela previsão expressa da arbitragem no seu art. 2º, fora de casos excepcionais que ocorriam antes:

1 – São tribunais administrativos e fiscais:

- a) Os tribunais administrativos de círculo, os tribunais tributários de 1ª instância, os tribunais fiscais aduaneiros e o Tribunal Administrativo de Macau;
- b) O Tribunal Tributário de 2ª Instância;
- c) O Supremo Tribunal Administrativo.

2 – São admitidos **tribunais arbitrais** no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo o contencioso das acções de regresso”.

5.6. Em 1986, a Lei de Arbitragem Voluntária (LAV) veio reforçar a evolução ao prever no seu art. 1.º, n.º 4:

**“O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizadas por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado.”**

5.7. O Código do Procedimento Administrativo (CPA) de 1991, no seu art. 188 confirmou o entendimento anterior do legislador:

**“É válida a cláusula pela qual se disponha que devem ser decididas por árbitros as questões que venham a suscitar-se entre as partes num contrato administrativo”.**

5.8. O Código do Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA), de 2002, e que entrou em vigor em Janeiro de 2004, nos seus artigos 180 a 187, veio aprofundar e ampliar a possibilidade de recurso à arbitragem, em especial em relação aos actos administrativos praticados no âmbito da execução de contratos (os chamados actos administrativos contratuais) e admitindo expressamente que se pronuncie directamente sobre actos (isto é, já não actos no âmbito contratual, mas actos isolados), que possam ser revogados sem fundamento em invalidade, mas complicando o tema – como veremos adiante – com a questão dos direitos dos contra-interessados:

- “1 – Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído **tribunal arbitral** para o julgamento de:
- a) **Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução;**
  - b) **Questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efectivação do direito de regresso;**
  - c) **Questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva.**
  - d) **Litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional.**
- 2 – Excepcionam-se do disposto no número anterior os casos em que existam contra-interessados, salvo se estes aceitarem o compromisso arbitral”.

5.8.1. A este nível merece também realce o artigo 183 que resolve um problema que na prática podia limitar a opção do particular em recorrer à via arbitral:

“A apresentação de requerimento ao abrigo do disposto no artigo anterior [exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral] suspende os prazos de que dependa a utilização dos meios processuais próprios da jurisdição administrativa”.

Na medida em que o artigo 182 esclarece que assiste ao particular o direito a recorrer à arbitragem, podendo exigir da administração a celebração do compromisso arbitral, estes dois artigos conjugam-se para garantir que o particular está protegido no seu direito de exigir a arbitragem e não vê os seus outros meios processuais prejudicados na sua janela de oportunidade quando pede a arbitragem e até ver esse compromisso arbitral celebrado, ex: pedir providências cautelares, intimações, produção antecipada de prova, acções administrativas especiais, quando estejam sujeitas a prazo.

5.8.2. E esta lei (art 185) claramente define as áreas onde não é possível optar pela arbitragem:

“Não pode ser objecto de compromisso arbitral a responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos praticados no exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional”.

5.9. Finalmente o Código dos Contratos Públicos (CCP) de 2008 vem confirmar a admissibilidade da arbitragem:

5.9.1. O art. 283-A, nº 4 admite expressamente que **a anulação de contratos públicos por vícios procedimentais** possa ser feita através de decisão arbitral.

5.9.2. O artigo 296 do CCP, ao admitir a execução de cauções pelo contraente público sem necessidade de prévia decisão judicial ou arbitral, confirma que o contencioso arbitral é competente para dirimir litígios relativos a contratos públicos.

5.9.3. Não se suscitam dúvidas de que pode ser pedido a um tribunal arbitral que opere uma **modificação objectiva do conteúdo de um contrato** público (art 311), ainda que com a ressalva do nº 1:

“1 – A modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato.”

E com a única, mas importante, limitação que consta do art 313, nº3:

“Nos contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, o fundamento previsto na alínea a) do artigo anterior não pode conduzir à modificação do contrato por decisão judicial ou arbitral, quando esta interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa”.

- 5.9.4. Também se menciona que a **extinção de um contrato público por resolução pode ser determinada pela via arbitral** (art. 330 e 332), incluindo a decisão sobre as situações de resolução sancionatória pela entidade contraente pública.
- 5.9.5. E, finalmente, também pode **competir a um tribunal arbitral a fixação do valor de trabalhos a mais e de prazos para os executar**, o que afinal se insere na sua capacidade de modificar contratos.
- 5.10. Mais recentemente, em Janeiro de 2011, foi admitida a **arbitragem para resolução de litígios fiscais entre o Estado e Particulares**.

- 5.11 Ainda se pode recordar que Portugal assinou um número elevado de **Tratados Bilaterais de Investimento** e ratificou a **Convenção de Washington**, pelo que admite e aceita ser submetido a arbitragens internacionais de investimento, ainda que até ao momento que se saiba nunca Portugal tenha sido Demandada em nenhuma situação, pelo menos através do mecanismo ICSID.
6. Com esta sólida base legal, não é de estranhar que o recurso à arbitragem em matérias de contratos de direito público tenha sido muito intensa em Portugal, provavelmente em quantidade e valor superior do que arbitragens entre empresas privadas.

7. Nos contratos de concessão de obras públicas ou de serviços públicos têm sido frequentes as cláusulas compromissórias ou disposições de leis especiais aprovando as bases dos respectivos contratos incorporando tais cláusulas.
8. Uma área por excelência tem sido a dos Contratos de Concessão e das PPP's. Nos vossos materiais relativos ao Congresso verão uma recolha meramente exemplificativa das cláusulas arbitrais de contratos deste tipo, que seria aliás interessante comparar, mas infelizmente não será isso compatível com o tempo disponível para esta minha intervenção.

9. Também existe já jurisprudência significativa relativa a contratos de empreitada de obras públicas, desde logo porque o recurso à arbitragem está previsto nesta área jurídica há mais de 40 anos.
  
10. Quanto a contratos de concessão de serviço público (televisão pública, serviços de telecomunicações, etc) está também prevista a solução arbitral dos litígios nalgumas situações (na Portugal Telecom, mas não na televisão e rádios públicas).

11. Finalmente em relação a parcerias público-privadas e contratos com elas relacionados também existem algumas decisões arbitrais (que seguem sendo confidenciais, pelo que a informação de que disponho se limita às que envolveram PLMJ, a sociedade de advogados de que sou sócio fundador, ou aos casos em que fui árbitro) em regra relacionadas com a necessidade de reconstruir o equilíbrio financeiro que estava afectado por alguma razão relevante, situações de erros de definição do perímetro material do contrato, incumprimento pelo contraente público de deveres contratuais e em especial divergências sobre alocação de riscos contratuais.

12. Para terminar esta minha exposição – e antes da conclusão final - irei tentar definir algumas das principais questões doutrinárias e práticas que temos enfrentado em Portugal, pois pondero que podem ocorrer situações semelhantes no futuro devido ao imenso programa de investimentos que o Brasil está lançando no âmbito do seu processo de desenvolvimento económico e em concreto por relação com os programas de privatização de concessões de aeroportos e outras e de obras públicas.

- 13. A possibilidade de compromisso arbitral na inexistência de cláusula arbitral expressa.**
14. A doutrina majoritária entendia que esta última possibilidade estava vedada. Mas a entrada em vigor do CPTA e, depois, do CCP resolveu definitivamente o problema no sentido favorável à arbitragem.

- 15. Competência arbitral quanto a actos administrativos por natureza.**
16. A justiça administrativa portuguesa distinguia no passado claramente entre a via da acção administrativa, que era o meio processual idóneo para dirimir litígios sobre contratos administrativos, e o recurso contencioso em que apenas se discutia a legalidade de um acto administrativo, por definição um acto de conteúdo individual, concreto e unilateral. Ora a arbitragem era concebida como um meio alternativo para a realidade da acção administrativa, mas nunca para o recurso contencioso de anulação. Havendo acto administrativo não poderia assim haver arbitragem mas apenas recurso contencioso.

17. Passou no entanto a ser clara, com a entrada em vigor do CCP, a possibilidade de sindicar arbitrariamente a validade dos actos administrativos contratuais (ou, nalguns casos, actos administrativos pré-contratuais, como o caso do acto de adjudicação) e dos regulamentos por dependência de situações arbitráveis. Mas já antes o CPTA, como veremos a seguir, tinha aberto a porta da arbitrabilidade dos actos administrativos.

- 18. Competência arbitral quanto a actos administrativos de preparação e de execução de contratos administrativos.**
  
19. O nº 1 do art. 180 do CPTA veio clarificar que é admissível a constituição de tribunais arbitrais para a apreciação de actos administrativos relativos à execução de contratos e, por outro lado, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade (ou seja, possam sê-lo apenas por razões de oportunidade ou conveniência, não sendo ilegais ou tendo-se o vício de ilegalidade sanado pelo decurso do tempo).

20. Ficou assim admitida de forma inequívoca a constituição de tribunais arbitrais para o contencioso de certos actos administrativos produzidos no âmbito da relação contratual, os chamados actos *destacáveis*, o que parte da doutrina antes não admitia ser possível.
  
21. Mas a letra da lei não parece permitir ir mais longe e chegar à arbitrabilidade de todos os *actos administrativos contratuais*, designadamente os *pré-contratuais*, e não apenas daqueles actos *destacáveis*.

22. Quanto aos actos pré-contratuais – actos inseridos no processo de formação de uma decisão administrativa, caso de uma decisão administrativa inserida num procedimento pré-contratual (no Brasil dito processo de “licitação”), parece de facto resultar da lei (esta é a opinião quase unânime da doutrina portuguesa) que não são arbitráveis, mas é evidente que nada impede que os tribunais arbitrais possam conhecer a título incidental da respectiva ilegalidade para efeitos indemnizatórios (art 15 do CPTA e art. 97 do Código de Processo Civil) e até a título pre-judicial no âmbito da sua competência, visto que, é facultativo o envio das partes para o tribunal administrativo, para dirimirem as questões de legalidade procedimental (argumento retirado do nº 4 do art 283).

23. Esta interpretação quanto à apreciação pré-judicial – que é do meu sócio Professor Rui Machete e que acompanho – ainda é minoritária, mas de facto nada parece justificar, pelo menos de *iure constituendo*, que a abertura quanto à arbitrabilidade de actos administrativos de execução se não estenda a actos administrativos procedimentais prévios sem limitações. Essa é também a posição do meu Sócio Pedro Melo, em obra recentemente publicada sobre “Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas”.

- 24. Competência dos tribunais arbitrais em matéria de normas e regulamentos inconstitucionais ou ilegais.**
  
25. Já atrás foi referido que os tribunais arbitrais acabam por ter visto surgir a sua competência para sindicar situações ilegais de actos administrativos, apesar da clara intenção do legislador em o impedir e da cautela dominante na doutrina administrativa portuguesa, ainda muito tributária de uma mundivivência tradicional.

26. De facto, os tribunais arbitrais – verdadeiros órgãos jurisdicionais com plena dignidade constitucional – podem (devem) recusar aceitar a permanência na ordem jurídica de concretizações inconstitucionais de normas legais ou regulamentares (ou das próprias normas no caos concreto), o mesmo ocorrendo com situações de invalidade, visto que os tribunais (incluindo portanto os arbitrais) não podem esquecer o seu dever de fiscalização difusa da legalidade, que está previsto no art 280, nº 2 da CRP. E apesar da infeliz evolução da letra da lei (que pretende reduzir a actos de execução a arbitrabilidade), entendo que eles também são obrigados a sindicar as normas de hierarquia inferior (regulamentos e portarias administrativas que contrariem normas hierarquicamente superiores) que se revelem inválidas.

- 27. Possibilidade dos tribunais arbitrais conhecerem dos vícios do mérito de decisões administrativas**
  
28. É conhecida a tendência nascida do sistema de separação de poderes que impede os tribunais administrativos de sindicarem as decisões administrativas que, não sendo ilegais, são passíveis de um juízo de censura ético-jurídica com base em critérios de oportunidade ou de conveniência (é o que determina o art. 3, nº1 do CPTA).

29. No entanto o mesmo CPTA admite, como já vimos, de forma expressa, no seu art. 180, nº 1, alínea c), que os tribunais arbitrais decidam “...questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade”, o que abre a porta para juízos de oportunidade e de conveniência poderem ser sindicados pelos tribunais arbitrais não o podendo ser pelos tribunais administrativos, desde que não esteja em causa a sua legalidade, seja porque são actos tidos por válidos, seja porque são actos cuja validade já não pode ser questionada.

30. Ou seja, na esteira da lição do meu Mestre Professor Rogério Soares (que há bem mais de 60 anos defendia a existência de vícios de mérito que deveriam ser sindicados judicialmente fora dos casos clássicos e de prova difícil do desvio de poder), eis que o sistema jurídico português veio sufragar a sua doutrina e com isto permitir a densificação da tutela jurisdicional de direitos, cada vez mais essencial num mundo em que – como acontece com as “ditaduras legalistas”, como era a portuguesa – os atropelos cometidos pelo Estado são praticados cada vez mais com recurso a instrumentos legais bem preparados, que esvaziam de defesa os prejudicados a não ser afinal pela via arbitral, pelo menos em Portugal.

31. Esta inovação normativa portuguesa permite-me fazer a passagem para a fase final desta minha comunicação, que tem a ver com a importância decisiva do instituto da arbitragem para a densificação da *Rule of Law* nas sociedades do século XXI e em concreto nas áreas de direito público.
32. O aumento da intervenção do Estado na economia, que foi elemento marcante do Estado de Direito Social e das sociedades industriais, tornou menos adequados os instrumentos clássicos do Direito Administrativo de matriz napoleónica. A construção de sociedades democráticas e pluralistas, a caminhada para que o contencioso administrativo de anulação fosse entregue cada vez mais a verdadeiros tribunais administrativos e a teoria do desvio de poder com mecanismo de anulação co-natural à introdução de juízos de mérito para além do clássico juízo de legalidade na equação do interesse público, foram elementos marcantes.

33. O aparecimento das sociedades pós-industriais e a constatação da incapacidade/limitação dos Estados Nacionais para atingir os ambiciosos objectivos que se foram impondo a si próprios, aliados à pressão da opinião pública, da prioridade aos desejos dos consumidores e da expansão da dinâmica da sociedade de informação, tornaram inevitáveis mecanismos de acentuação do processo de administração indirecta do Estado, já não nos modelos típicos dos regimes autoritários desenvolvimentistas, mas sobretudo em modelo de concessões de obras e serviços públicos e de parceria público-privadas.

34. A necessidade de atracção de capitais cada vez mais vultuosos, em regra num plano que extravasa as fronteiras nacionais, provocou processos de equalização de posições processuais dos privados com os Estados, de que são exemplos marcantes os BIT's de protecção de investimento e a Convenção de Washington, para além da própria profunda expansão do direito arbitral internacional, de que são também exemplo a Convenção de Nova Iorque e a Lei Modelo UNCITRAL.

35. No plano interno também se assistiu à opção decidida da arbitragem como forma de resolução dos litígios que poderão surgir entre o Estado e outros entes públicos que pedem a colaboração de privados para fins de interesse público. Isso era o resultado natural de uma intensificação do carácter sinalagmático mais perfeito que a necessidade gerava, mas também da compreensão de que os tribunais administrativos – por muito que melhorassem o sentido da lei, o seu conteúdo e os instrumentos processuais (como seja a inquirição de testemunhas, que só recentemente surgiu nos tribunais administrativos portugueses) – não são lugares adequados para analisar e decidir os complexos litígios em que factores técnicos se acrescentam e influenciam o direito e os instrumentos da ciência jurídica.

36. A tendência para prever a arbitragem (tornando então obrigatório o recurso à equidade), que nos contratos de empreitada passou a ser possível em Portugal desde 1969, e a possibilidade de sindicar o mérito das decisões administrativas que se tornou viável desde 2004, como já referido, são sinais da adequação perfeita do modelo arbitral às novas formas de exercício de funções administrativas que aumentaram a porosidade e diluíram as (aparentemente, ao menos...) claras fronteiras entre direito público e direito privado.

Muito obrigado  
José Miguel Júdice

[josemiguel.judice@plmj.pt](mailto:josemiguel.judice@plmj.pt)  
[www.josemigueljudice-arbitration.com](http://www.josemigueljudice-arbitration.com)