

Enfoque constitucional da arbitragem em direito público (1)

Limites à arbitragem de direito público: aspectos gerais

- O enfoque constitucional da arbitragem em direito público poderá colocar-se em três diferentes planos:
 - A questão de saber se existem limites expressos ou implícitos à constituição de tribunais arbitrais que possam resultar de uma reserva de jurisdição estadual e que permita delimitar uma garantia de tutela jurisdicional exclusivamente pública subtraída a qualquer outra alternativa.
 - A questão de saber se existe uma reserva de jurisdição do juiz estadual administrativo que possa ser equacionada à luz do disposto no artigo 212.º, n.º 3, da Constituição – que atribui competência aos tribunais administrativos para os litígios emergentes de relações jurídico-administrativas.
 - A questão de saber se o direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva se compagina com a intervenção única do juiz arbitral quando a garantia da via judiciária possa justificar o direito a um duplo grau de jurisdição.

Enfoque constitucional da arbitragem em direito público (2)

Inserção dos tribunais arbitrais na organização judiciária

- A Constituição admite a existência de tribunais arbitrais como uma das categorias de tribunais no quadro da organização judiciária, mas nada diz quanto à sua inserção no ordenamento jurisdicional, nem quanto à articulação com o direito de acesso à justiça, nem explicita o âmbito e a natureza dos litígios que podem ser submetidos à jurisdição desses tribunais.
- Do contexto jurídico-constitucional, e em aplicação de um princípio de harmonização ou concordância prática, é possível retirar as duas seguintes ilações: *(i)* na medida em que admite a existência de tribunais arbitrais, a ordem jurídico-constitucional não estabelece um monopólio estadual da administração da justiça, aceitando que a apreciação de um litígio possa ser confiada a tribunais constituídos por particulares; *(ii)* a criação de tribunais arbitrais não pode deixar de se encontrar preordenada a outros princípios constitucionais e, de entre estes, à garantia de acesso aos tribunais e à garantia de reserva de jurisdição.

Enfoque constitucional da arbitragem em direito público (3)

Crítério da indisponibilidade de direitos subjetivos

- O critério da indisponibilidade de direitos subjetivos, que constitui um limite à resolução alternativa de litígios através da tentativa de conciliação, mediação ou transação (artigos 249.º do Código Civil, 289.º do CPC, 87.º-C do CPTA e 11.º da Lei da mediação civil e comercial), não é aplicável no âmbito da arbitragem.
- Paralelamente, não é oponível à arbitragem a indisponibilidade de situações jurídicas substantivas que devam ser apreciadas segundo critérios normativos de estrita legalidade, como é o caso das questões relativas à validade de atos administrativos.
- A atribuição da resolução de um litígio a um tribunal arbitral não confere aos árbitros o poder de disposição sobre a situação jurídica controvertida, mas unicamente o poder de decidir segundo o direito constituído, estando vedado o recurso à equidade em questões de legalidade.
- Por identidade de razão, o princípio da legalidade fiscal e o princípio da indisponibilidade dos créditos tributários não obstam à introdução da arbitragem no direito fiscal.

Enfoque constitucional da arbitragem em direito público (4)

Limites internos à arbitragem administrativa

- Os tribunais arbitrais, enquanto categoria de tribunais constitucionalmente consagrada, estão sujeitos aos mesmos limites que impendem sobre os tribunais estaduais e, especialmente, os que decorrem do princípio da separação de poderes: "os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação" (artigo 3.º, n.º 1, do CPTA).
- Tal como os tribunais administrativos estaduais, os tribunais arbitrais podem apreciar a validade de atos estritamente vinculados, caso em que lhes compete verificar a sua conformidade legal com as regras e princípios jurídicos aplicáveis, como também podem apreciar a validade de atos discricionários, caso em que não podem substituir-se à Administração na formulação de valorações próprias da função administrativa, e apenas se limitam a controlar os parâmetros de juridicidade a que o ato se encontre sujeito (artigo 71.º, n.º 2, do CPTA).
- A discricionariedade não corresponde a um espaço de livre disponibilidade da Administração, visto que esta não deixa de se encontrar vinculada, no exercício do poder discricionário, à solução que for mais adequada aos fins que lhe compete prosseguir, além de poder encontrar-se sujeita a outros parâmetros de legalidade.

Enfoque constitucional da arbitragem em direito público (5)

Limites internos à arbitragem administrativa (continuação)

- O julgamento de questões de legalidade de atos administrativos não pode ser efetuado segundo critérios de equidade, competindo ao tribunal verificar a conformidade do ato com as respectivas vinculações legais segundo o direito constituído (artigo 185.º, n.º 2, do CPTA).
- Essa é a necessária decorrência do princípio da legalidade, pelo qual a Administração se encontra subordinada ao bloco legal, constituído pelas normas e princípios jurídicos que conformam a atividade administrativa (artigo 266.º, n.º 2, da CRP).

Enfoque constitucional da arbitragem em direito público (6)

Recurso de constitucionalidade

- Os tribunais arbitrais nos casos submetidos ao seu julgamento podem recusar a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade, assim como devem pronunciar-se sobre as questões de constitucionalidade que tenham sido suscitadas pelas partes durante o processo, pelo que haverá sempre possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional, em fiscalização concreta, de decisões positivas ou negativas de constitucionalidade proferidas pelos tribunais arbitrais.
- Nesse sentido aponta o artigo 204.º da CRP, que, ao admitir o controlo difuso da constitucionalidade refere-se genericamente aos *tribunais*, não distinguindo entre tribunais estaduais e tribunais arbitrais, e o artigo 280.º da CRP, que, ao definir o âmbito da fiscalização concreta de constitucionalidade, admite o recurso de constitucionalidade relativamente a *decisões dos tribunais*, referindo-se a decisões de quaisquer tribunais.
- A admissibilidade do recurso de constitucionalidade de decisões arbitrais decorre diretamente do próprio texto constitucional (artigo 280.º da CRP) e de lei de valor reforçado (artigo 70.º da LTC), e não depende de disposição legal que o especificamente o preveja em sede de arbitragem.

Enfoque constitucional da arbitragem em direito público (7)

Reserva de jurisdição estadual em matéria de execução das decisões arbitrais

- As decisões arbitrais são obrigatórias e exequíveis nos mesmos termos em que o são as decisões dos tribunais comuns (artigo 705.º, n.º 2, do CPC), mas apenas poderão ser objeto de execução coerciva a através de processo executivo a instaurar perante o tribunal estadual competente (artigo 47.º da LAV), o que permite configurar essa competência executiva como uma *reserva de jurisdição estadual em matéria de execução* das decisões arbitrais.
- Sendo essa a necessária decorrência de os tribunais arbitrais, enquanto órgãos jurisdicionais, por serem constituídos por particulares e não integrarem a esfera do Estado, se encontrarem desprovidos do *jus imperii*.
- A dissociação entre a competência declarativa e a competência executiva justifica que não possam ser confiados a um tribunal arbitral os pedidos que envolvam o exercício pelo tribunal de poderes de intimação ou de condenação com um carácter imediatamente injuntivo (pedidos de intimação para prestação de informações ou para proteção de direitos, liberdades e garantias e aplicação de sanções pecuniárias compulsórias).

Enfoque constitucional da arbitragem em direito público (8)

Intervenção do Ministério Público

- O direito de acesso à justiça e a garantia de tutela jurisdicional efetiva para a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 268.º, n.º 4, da CRP) tem uma componente subjetivista, mas também uma componente objetivista ligada à intervenção do MP na defesa da legalidade, que se reflete não apenas no âmbito do processo penal, mas também no domínio do contencioso administrativo (artigos 202.º, n.º 2, e 224.º, n.º 1, da CRP).
- O Ministério Público pode impugnar um ato administrativo perante um tribunal estadual mesmo que as questões relativas à validade desse ato se encontrem cobertas por uma convenção de arbitragem, sem que lhe possa ser oposta a exceção da preterição do tribunal arbitral.
- E como necessária decorrência do princípio da equiparação entre os tribunais arbitrais e os tribunais estaduais quanto ao exercício da função jurisdicional, no processo arbitral que tenha por objeto a apreciação da legalidade de atos administrativos, não poderá afastar-se a intervenção processual do MP em defesa da legalidade nos mesmos em que ela se encontra prevista na lei processual administrativa.

Enfoque constitucional da arbitragem em direito público (9)

Direito a um duplo grau de jurisdição

- Ainda que se entenda que a possibilidade de resolução de litígios através de um tribunal arbitral escolhido pelas partes constitui um direito fundamental, que se encontra coberto pelo disposto no artigo 20.º da Constituição, é discutível a ideia de que o recurso ao tribunal arbitral satisfaz, por si só, em todos os casos, o direito de acesso aos tribunais e o princípio da tutela jurisdicional efetiva.
- A Constituição não consagra expressamente, em termos genéricos, o direito ao recurso, mas é possível retirar de vários preceitos constitucionais, especialmente daqueles que aludem à estrutura hierárquica dos tribunais comuns (artigos 209.º e 210.º), a consagração implícita de um direito geral ao recurso, ainda que se aceite que o legislador dispõe neste âmbito de uma ampla liberdade de conformação.
- Para além do direito a um duplo grau de jurisdição como garantia de defesa em processo penal, autonomizado pela Constituição (artigo 32.º, n.º 1), tem sido reconhecido o direito ao recurso de decisões judiciais que afetem direitos, liberdades e garantias, mesmo fora do âmbito penal (acórdão do TC n.º 280/2015).
- A exclusão do direito ao recurso para um tribunal estadual torna-se particularmente problemática no caso da arbitragem necessária, isto é, quando o recurso à arbitragem se baseia não num negócio jurídico celebrado entre as partes, mas em ato legislativo que impõe essa forma de composição de litígios e impede que as partes possam aceder livremente à jurisdição estadual (acórdão do TC n.º 230/2013).

Enfoque constitucional da arbitragem em direito público (10)

Reserva do juiz estadual administrativo

- A Constituição não estabelece limites expressos ao recurso aos tribunais arbitrais, sendo apenas possível delimitar uma *reserva de juiz estadual* naquelas situações em que o texto constitucional remete a resolução do litígio diretamente para uma autoridade judicial, como sucede em matéria penal e sempre que estejam em causa direitos de particular importância jurídico-constitucional (artigos 27.º, n.º 2, e 28.º, n.º 1, e 34.º, n.º 2).
- A norma do 212.º, n.º 3, da Constituição não tem o alcance de definir uma reserva de juiz estadual administrativo, visto que se limita a definir um âmbito-regra de competência dos tribunais administrativos a que apenas se poderá atribuir o sentido de uma *garantia institucional*.
- Em termos gerais, não é possível afirmar a existência de uma reserva de juiz estadual administrativo, no âmbito das relações jurídicas administrativas quando esteja em causa, ou seja invocada, a violação de direitos fundamentais. Isso porque o juiz arbitral exerce também uma função jurisdicional e pode garantir, em idêntico grau de juridicidade e de exigência, a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.
- A reserva do juiz administrativo estadual é justificada em relação a direitos fundamentais quando se possa falar de uma reserva de jurisdição *especificada*, isto é, quando é a própria Constituição a tornar exigível, em certa circunstância, a intervenção de uma autoridade judicial para dirimir o litígio (emissão de um mandado judicial para entrada em domicílio para fiscalização da legalidade urbanística - artigo 95.º, n.º 2, do RJUE).

Enfoque constitucional da arbitragem em direito público (11)

Inexistência de um limite substantivo à arbitragem de direito público

- Fora dos condicionamentos que decorrem direta ou indiretamente do texto constitucional, há um espaço de livre conformação do legislador na definição das matérias que poderão ser apreciadas por um tribunal arbitral.
- A lei não estabelece para o direito público um critério geral de arbitrabilidade semelhante ao previsto na LAV (que conjuga um critério de patrimonialidade com um critério de disponibilidade dos direitos ou interesses em causa), limitando-se a remeter para lei especial a identificação das questões em que o Estado e as demais entidades públicas poderão celebrar convenções de arbitragem (artigo 1.º, n.º 5, da LAV).
- Neste quadro legal, o legislador pode excluir da arbitragem certas questões por razões de interesse público ou por considerações de razoabilidade prática, mas não parece possível formular um critério geral que permita identificar um conjunto de matérias que, por natureza, devam ser excluídas da arbitragem.
- O critério da indisponibilidade de direitos por parte dos particulares, que o CPTA estabelece como limite à arbitrabilidade em matéria de emprego público (artigo 180.º, n.º 1, alínea d)), constitui uma mera opção de política legislativa, que se enquadra dentro da margem de livre conformação do legislador, e não pode ser elevado a um limite substantivo à arbitragem administrativa.

Enfoque constitucional da arbitragem em direito público (12)

Conclusão

- Não pode afirmar-se, em termos gerais, a existência de uma reserva de jurisdição estadual em direito público fora dos casos em que seja a Constituição a remeter para uma autoridade judicial a resolução de um litígio administrativo ou tributário.
- Nem parece possível extrair da opção do legislador em matéria de emprego público um critério substantivo geral de arbitrabilidade, baseado na ideia de indisponibilidade dos direitos ou de obrigações.
- Assim como não é possível construir um critério de arbitrabilidade fundado na relevância dos interesses públicos que à Administração Pública caiba prosseguir ou na relevância social ou jurídica das questões que se encontrem sujeitas a apreciação jurisdicional.