

CATÓLICA LAW REVIEW

VOLUME VII
n.º 1
jan. 2023

DIREITO PÚBLICO

Filipe Venade de Sousa

Joana Gomes Beirão

Juliana Ferraz Coutinho

Kata Dozsa

Luísa C. Pinto e Netto

José Alberto Azeredo Lopes

Maria Isabel Tavares



CATÓLICA

RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

LISBOA · PORTO

A indemnização pela perda de sentença na arbitragem de atos pré-contratuais *Compensation for loss of judgment in the arbitration of pre-contractual acts*

Juliana Ferraz Coutinho

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
Investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE) da Faculdade
de Direito da Universidade do Porto
<https://orcid.org/0000-0001-9618-0605>

SUMÁRIO

I. O problema

II. Os pressupostos

1. A modificação objetiva da instância prevista nos artigos 45.º e 45.º-A
do CPTA

2. A arbitrabilidade da indemnização devida por inexecução da sentença

III. As conclusões

Bibliografia

I. O problema

De acordo com o n.º 3 do artigo 180.º do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), a impugnação de atos administrativos pré-contratuais pode ser objeto de arbitragem mediante a previsão no programa do procedimento do modo de constituição do tribunal arbitral e do regime processual a aplicar, impondo-se, quando esteja em causa a formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º do CPTA, que o regime processual previsto esteja em conformidade com o regime de urgência do contencioso pré-contratual¹.

O artigo 180.º do CPTA cumpre a função de norma de habilitação, garantindo o mínimo de juridicidade – administrativa – que o n.º 5 do artigo 1.º da Lei de Arbitragem Voluntária (LAV)² impõe para a sujeição a arbitragem de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas. Sem prejuízo do disposto em normas especiais, são arbitráveis as matérias enunciadas no artigo 180.º do CPTA.

Introduzido na reforma de 2015, o n.º 3 do artigo 180.º do CPTA permite à entidade adjudicante sujeitar a arbitragem os atos dirigidos à formação de um determinado contrato, condicionando-a à previsão expressa, no programa do procedimento, (i) do modo de constituição do tribunal arbitral e (ii) do regime processual a aplicar.

Aos requisitos de forma e de procedimento acresce a exigência (substantiva) de que o regime processual previsto salogue, de forma semelhante à do contencioso pré-contratual, o pressuposto da urgência, quando se pretenda sujeitar a arbitragem atos pré-contratuais dirigidos à celebração de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição

1 A especificidade do procedimento pré-contratual quanto à posição jurídica e interesses dos candidatos faz depender a sujeição efetiva a arbitragem de atos pré-contratuais da sua concordância, aquando da apresentação das propostas. Considerando o disposto no n.º 2 do artigo 180.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de acordo com o qual, existindo contrainteressados, a regularidade da constituição do tribunal arbitral depende da sua aceitação do compromisso arbitral, a aceitação expressa da convenção de arbitragem no momento da apresentação das propostas deve ser configurada como uma condição de participação. Sobre o tema, cfr. ALMEIDA/CADILHA (2017), pp. 1323 e 1324 e SERRÃO/CALDEIRA (2018), pp. 311-313.

2 De acordo com o n.º 5 do artigo 1.º da Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), «O Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado». É clara a distinção entre litígios emergentes de relações jurídicas administrativas e litígios emergentes de relações jurídicas privadas. O n.º 5 do artigo 1.º da LAV habilita a sujeição a arbitragem de matérias de gestão privada, remetendo para o legislador a definição das matérias de gestão pública suscetíveis de serem submetidas à apreciação de um tribunal arbitral. Sobre o papel da LAV na arbitragem administrativa, cfr. ALMEIDA (2021), pp. 539 e 540, em especial, nota de rodapé 383.

de serviços, previstos pelas Diretivas europeias de contratação pública³. O regime a aplicar está na disponibilidade da entidade adjudicante, vinculada, nestes casos, à consagração de uma tramitação que garanta, pelo menos, em igual medida à do contencioso pré-contratual, um tempo curto na resolução do litígio.

A limitação da autonomia da entidade adjudicante na definição do regime aplicável tem a sua razão de ser: (i) na configuração da arbitragem administrativa (e da arbitragem em geral) como um meio funcionalmente adequado⁴ à resolução dos litígios definidos como arbitráveis e, portanto, neste caso, nos *standards* mínimos (europeus) de garantia e de celeridade, cumpridos pelo contencioso pré-contratual⁵; (ii) e nos critérios de arbitrabilidade utilizados pelo legislador.

Apesar da indiferença assumida quanto à (in)disponibilidade das matérias (imprestável como parâmetro pelas especificidades da autonomia pública)⁶ e da dificuldade de definição de um critério de arbitrabilidade⁷ uniforme, válido para todas as opções legislativas, a metódica legiferante (e a opção política que visa servir) que antecede as escolhas do legislador não pode deixar de implicar a consideração dos interesses em presença, bem como um juízo de prognose quanto à adequação do processo arbitral para dirimir determinados litígios.

Neste caso, a urgência é um elemento constitutivo do interesse público específico a prosseguir com o contrato a celebrar, para qual é insuficiente o recurso à ação administrativa, mesmo quando articulado com o recurso à tutela cautelar, pelo que a previsão de um regime que respeite o disposto no contencioso pré-contratual consagrado nos artigos 100.º a 103.º-B do CPTA constituiu requisito de admissibilidade da opção de sujeição a um tribunal arbitral dos litígios referentes a este tipo de atos pré-contratuais e parâmetro de legalidade do programa do procedimento.

Mas o exercício de elaboração do regime a aplicar que cabe à entidade adjudicante não se resume a uma operação mecânica de transposição e simplificação da tramitação e mecanismos previstos nos artigos 100.º a 103.º-B

3 Diretiva 89/665/CEE, de 21 de dezembro, alterada pela Diretiva 92/13/CEE de 25 de fevereiro, pela Diretiva 2007/66/CE, de 11 de dezembro e pela Diretiva 2014/18/CE, de 31 de março.

4 SILVA (2009), pp. 35 e 36.

5 Nos artigos 100.º a 103.º-B do CPTA, o legislador nacional, condicionado pelo Direito da União Europeia, cumpre a função de receção que cabe às normas internas. O reconhecimento desta função implica, por si só, uma mudança de paradigma. A europeização e a internacionalização do Direito Administrativo não são já uma dificuldade da conceção sistemática, mas parte do ordenamento jurídico. SCHMIDT-ASSMANN (2003), pp 6-10.

6 Sobre o critério da indisponibilidade, por todos, PORTOCARRERO (2015).

7 ALMEIDA (2012), pp. 7-26.

do CPTA, designadamente, dos mecanismos previstos nos artigos 103.º-A e 103.º-B⁸, impondo-se:

i) a salvaguarda em igual ou maior medida do pressuposto de urgência tal como previsto na Diretiva-recursos: a liberdade de conformação da tramitação a aplicar num determinado processo arbitral não pode servir senão para satisfazer da melhor forma possível a celeridade imposta pelo Direito da União Europeia – o contencioso pré-contratual arbitral deve ser mais célere que o contencioso pré-contratual estadual, sob pena de perder boa parte da sua justificação e utilidade⁹.

ii) a consideração das especificidades do processo arbitral, em especial, da dependência, ao contrário da justiça estadual, da constituição, a pedido, de um tribunal arbitral e da influência que o tempo que medeia o pedido de constituição do tribunal arbitral e a apresentação da petição inicial pode ter na configuração do litígio.

iii) as posições jurídicas dos interessados.

Tendo em vista a constituição do tribunal arbitral, o interessado dirige à entidade adjudicante um pedido que, de forma clara, expressa e rigorosa, (i) dá conta e descreve o litígio relativo ao procedimento pré-contratual específico (ii) menciona a sua aceitação do compromisso arbitral e (iii) indica o respetivo árbitro.

Ao pedido de constituição do tribunal arbitral a lei não associa um efeito suspensivo automático dos atos pré-contratuais que constituem objeto do litígio, o que possibilita a celebração do contrato e a sua execução. A previsão, no regime a aplicar, dos mecanismos previstos no CPTA, em especial nos artigos 103.º-A e 103.º-B, não parece servir neste caso em particular. O efeito suspensivo automático previsto no artigo 103.º-A está associado ao pedido de impugnação do ato de adjudicação. Por outro lado, a adoção de medidas provisórias prevista no artigo 103.º-B pressupõe que o tribunal arbitral já se encontre constituído.

Argumento semelhante vale para o pedido de decretamento de uma providência cautelar: apesar da competência dos tribunais arbitrais para decretar as providências cautelares que considere necessárias para o objeto do litígio¹⁰,

8 Chamando à atenção para a necessidade de o regime processual a definir pela entidade adjudicante dever assegurar o efeito suspensivo automático da impugnação do ato de adjudicação e prever soluções de celeridade não inferiores às que resultam do n.º 2 do artigo 36.º do CPTA, ALMEIDA (2021), pp. 548 e 549.

9 Neste sentido, PEDRO (2020), pp. 78 e 79.

10 De acordo com o n.º 1 do artigo 20.º da LAV, «Salvo estipulação em contrário, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte e ouvida a parte contrária, decretar as providências cautelares que considere necessárias em relação ao objeto do litígio». A LAV confere às partes na arbitragem o direito de, por acordo,

a perigosidade que justifica o recurso à tutela cautelar advém precisamente do compasso de espera quanto à constituição do tribunal arbitral.

Com referência à fase de constituição do tribunal arbitral, as alternativas passam assim:

i) Pelo pedido de decretamento de uma providência cautelar (conservatória) junto de um tribunal administrativo estadual;

ii) Pela previsão no programa do procedimento de um efeito suspensivo automático associado ao pedido de constituição do tribunal arbitral.

A primeira alternativa resulta do disposto no artigo 29.º da LAV, que resolve a articulação entre os tribunais arbitrais e os tribunais estaduais em matéria cautelar, não fazendo depender a intervenção dos tribunais estaduais de um juízo prévio de necessidade. Na verdade, a relação de cooperação entre tribunais pressuposta por esta previsão parece não obrigar a que a intervenção em sede cautelar dos tribunais estaduais seja meramente subsidiária, o que a limitaria aos casos em que as partes excluam a competência do tribunal arbitral para decretar providências cautelares, ou, quando esta competência se mantém, aos casos em que não seria possível recorrer, em tempo útil, ao tribunal arbitral¹¹, como sucede na fase que antecede o momento em que o tribunal arbitral se encontra constituído e apto a funcionar.

A previsão no programa do procedimento de um efeito suspensivo automático associado ao pedido de constituição do tribunal arbitral tem a vantagem da maior celeridade. Por efeito da notificação à entidade adjudicante do pedido de constituição de tribunal arbitral, do qual resulta já identificado o objeto do litígio, decorreria o efeito suspensivo automático previsto no programa do procedimento.

A previsão deste efeito e a sua regulação – designadamente os termos da sua extensão (imprescindível) aos contrainteressados e a possibilidade de poder vir a ser afastado pelo tribunal arbitral, considerando os prejuízos para o fim de interesse público específico que se visa satisfazer com o contrato a celebrar –,

excluem a competência cautelar do tribunal arbitral, o que à partida deverá constar da convenção de arbitragem.

O decretamento de providências cautelares conservatórias resulta da alínea a) do n.º 2 do artigo 20.º. Já a execução da providência cautelar decretada caberá aos tribunais estaduais, nos termos dos artigos 27.º e 28.º da LAV. Sobre o decretamento de providências cautelares, GOUVEIA (2013), pp. 861 a 892.

11 Alertando para a necessidade de distinguir uma fase anterior e uma fase posterior à constituição do tribunal arbitral, SILVA (2003), pp. 211-235, em especial, pp. 233-235.

embora não resulte diretamente da vinculação prevista no n.º 3 do artigo 180.º do CPTA, pode reconduzir-se a ela se considerarmos que:

i) de acordo com o n.º 3 do artigo 180.º do CPTA, o regime a prever pela entidade adjudicante deverá salvaguardar, de forma (pelo menos) semelhante à do contencioso pré-contratual, o pressuposto da urgência;

ii) esta é uma obrigação de resultado e não de meios, que impõe à entidade adjudicante, na determinação do regime aplicável, que considere as especificidades do processo arbitral – designadamente a necessidade de constituição do tribunal arbitral – e as equacione em termos tais que não possam prejudicar a resolução do litígio num tempo rápido. O regime a definir pela entidade adjudicante deverá conter mecanismos que antecipem ou atenuem os efeitos da demora da constituição do tribunal arbitral.

Considere-se, agora, uma outra hipótese. Por certo, mais frequente. Na falta de previsão de um efeito suspensivo automático e de decretamento de uma providência cautelar pelos tribunais estaduais, é intentada no tribunal arbitral, entretanto constituído uma petição inicial em que se impugna o ato de adjudicação. Na contestação a entidade demandada alega a impossibilidade objetiva do pedido, por o contrato se encontrar já celebrado e executado à data da apresentação da petição inicial.

O tribunal arbitral terá de se pronunciar sobre as exceções invocadas pelas partes no despacho saneador. O problema enuncia-se da seguinte forma: deverá extinguir a instância ou equacionar a aplicação dos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA¹²?

12 Estabelece o artigo 45.º, n.º 1 do CPTA que «[...] quando se verifique que a pretensão do autor é fundada, mas que à satisfação dos seus interesses obsta, no todo ou em parte, a existência de uma situação de impossibilidade absoluta, ou a entidade demandada demonstre que o cumprimento dos deveres a que seria condenada originaria um excecional prejuízo para o interesse público, o tribunal profere decisão na qual: a) Reconhece o bem fundado da pretensão do autor; b) Reconhece a existência da circunstância que obsta, no todo ou em parte, à emissão da pronúncia solicitada; c) Reconhece o direito do autor a ser indemnizado por esse facto; e d) Convida as partes a acordarem no montante da indemnização devida no prazo de 30 dias, que pode ser prorrogado até 60 dias, caso seja previsível que o acordo venha a concretizar-se dentro daquele prazo [...]».

II. Os pressupostos

1. A modificação objetiva da instância prevista nos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA

Os artigos 45.º e 45.º-A do CPTA¹³ respeitam à tramitação do processo declarativo e preveem o regime geral da modificação objetiva da instância na ação administrativa, independentemente do seu objeto. De acordo com o artigo 102.º, n.º 6 do CPTA são aplicáveis ao contencioso pré-contratual, o que pressupõe um juízo prévio do legislador quanto à sua compatibilidade com a tramitação urgente prevista para este tipo de processo principal. São por isso compatíveis com o *standard* mínimo de urgência a cumprir pela entidade adjudicante no regime a que se refere o n.º 3 do artigo 180.º do CPTA.

A modificação objetiva da instância prevista nos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA só tem lugar nos casos em que o pedido inicial deva proceder, mas que subsista um motivo que torna inviável a execução da pronúncia que viesse a ser emitida.

Depende assim:

(i) de decisão sobre o mérito do pedido inicial apresentado pelo autor, o que implica a apreciação da validade dos fundamentos do pedido;

(ii) da verificação de situação de impossibilidade absoluta ou de um excecional prejuízo para o interesse público.

Para decidir quanto à aplicação dos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA ao tribunal impõe-se a apreciação dos fundamentos do pedido inicial – o objeto do processo é definido tendo por referência os pedidos iniciais, considerando que é da sua procedência que depende a aplicação do mecanismo previsto no artigo 45.º do CPTA – e a verificação de uma situação de impossibilidade absoluta ou de um excecional prejuízo para o interesse público.

13 O artigo 45.º-A dispõe sobre o âmbito de aplicação do regime de modificação objetiva da instância prevista no artigo 45.º. Releva-se, pelos contornos do problema a que se procura dar resposta, o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 45.º-A, de acordo com o qual, tendo sido deduzido pedido respeitante à invalidade do contrato por violação de regras relativas ao respetivo procedimento de formação, será de aplicar o regime previsto no artigo 45.º quando se verifique que já não é possível reinstruir o procedimento pré-contratual, por entretanto ter sido celebrado e executado o contrato.

Estes dois juízos são complementares e sucessivos, não podendo um substituir-se ao outro, nem podendo o tribunal prescindir de um deles. A verificação de uma situação de impossibilidade absoluta ou de excecional prejuízo para o interesse público não é suficiente e só tem relevância no caso de procedência do pedido inicial.

Como também não é suficiente para o efeito a apresentação, pelo autor, de um pedido de modificação objetiva da instância, uma vez que a impossibilidade absoluta de execução, uma vez verificada, não constituiu um convite à substituição de pedidos, nem habilita as partes, nem obriga o tribunal, a convolar o pedido inicial no pedido indemnizatório a que se refere o artigo 45.º do CPTA.

O artigo 45.º do CPTA é claro na exigência de que o tribunal decida sobre o mérito do pedido inicialmente formulado, o que se compreende pelo fundamento da indemnização devida por aplicação do artigo 45.º do CPTA¹⁴.

Assim, caso o tribunal considere como procedente o pedido apresentado, terá de proferir, não uma sentença, mas um despacho interlocutório em que reconhece o preenchimento dos pressupostos previstos no artigo 45.º do CPTA e convida as partes a acordar o montante da indemnização devida.

14 A jurisprudência tem sido constante quanto a esta exigência, cujo incumprimento constitui causa de anulação da sentença. Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 30.04.2020, Processo 01555/17.6BEBRG (Ricardo de Oliveira e Sousa), in www.dgsi.pt: «O T.A.F. [...], promanou decisão final com alcance supra transcrito, determinando a modificação do objecto do processo nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 45º-A do C.P.T.A., convidando as partes a acordarem no montante da indemnização devida, no prazo de 30 dias. Fê-lo, porém, sem emitir pronúncia prévia sobre o “bem fundado da pretensão”, ou seja, sobre a ilegalidade assacada ao ato impugnado que poderia determinar *[ou não]* a procedência dos pedidos jurisdicionais formulados pela Autora, o que constitui uma manifesta ofensa do regime jurídico plasmado no artigo 45º e 45º-A do C.P.T.A. De facto, do teor do artigo 45º do CPTA ressuma com evidência que a aplicabilidade do regime ali plasmado está dependente da decisão que venha a ser proferida quanto aos pedidos formulados nos autos. Só no caso de procedência de tais pedidos é que se suscitará a questão da aplicabilidade do disposto nos arts. 102º, n.º 5 e 45º do C.P.T.A. A mesma lógica é aplicável ao disposto no artigo 45º-A do C.P.T.A., no qual se estribou igualmente a modificação objetiva de instância operada pelo Tribunal de Braga, pois este normativo apenas estende a aplicabilidade do regime de modificação objetiva da instância previsto no citado artigo 45.º a situações típicas referentes a pedidos dirigidos à invalidação de contratos. O que serve para concluir que a possibilidade de modificação objectiva da instância em matéria de invalidação de contratos também está dependente da decisão que venha a ser proferida quanto aos pedidos formulados nos autos. Assim, no caso concreto, não podia o T.A.F. [...] proceder à modificação objectiva da instância nos termos dos artigos 45º e 45-A do C.P.T.A. sem antes concluir pela procedência da pretensão do autor. Razão pela qual mal andou o Tribunal a quo, que ao decidir como decidiu, interpretou mal e violou o disposto nos artigos 45º e 45-A do C.P.T.A.». No mesmo sentido, cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 15.11.2019, Processo 01716/16.5BEPRT (Isabel Costa), in www.dgsi.pt. Ainda sobre a aplicação do artigo 45.º do CPTA, cfr. Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul de 19.10.2017, Processo 2473/14.5BESNT (Helena Canelas) e de 28.06.2018, Processo 278/17.0BECTB (Pedro Marchão Marques) in www.dgsi.pt.

Será por via deste despacho interlocutório que haverá lugar à modificação da instância, seguindo-se uma nova fase da ação que terá em vista a determinação do montante da indemnização devida ao autor.

Ou seja, o processo corre termos com referência ao pedido inicial, cujos fundamentos têm de ser apreciados, e apenas no caso de se verificarem os pressupostos previstos no artigo 45.º do CPTA, entra numa nova fase – resultante da modificação da instância que se dá neste momento – dirigida à determinação do montante da indemnização¹⁵.

Esta possibilidade constitui-se dentro de uma mesma ação, mantendo-se inalterado o seu valor¹⁶.

Na falta de acordo quanto ao valor da indemnização a pagar, o autor pode requerer, no prazo de um mês, a fixação judicial da indemnização devida, mediante a apresentação de articulado devidamente fundamentado (cfr. n.º 2 do artigo 45.º do CPTA).

O tribunal deve ouvir a outra parte e ordenar as diligências instrutórias que considere necessárias. Neste caso o autor pode optar por pedir a reparação de todos os danos resultantes da atuação ilegítima da entidade demandada, que é notificada para contestar o novo pedido no prazo de trinta dias, findo o que a ação segue os termos da ação administrativa (cfr. n.º 3 do artigo 45.º do CPTA).

Esta indemnização não se confunde com a indemnização devida ao autor pela impossibilidade de execução da sentença, impondo, ao contrário desta, o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos. A sua improcedência não prejudica assim o pedido dirigido à determinação do montante indemnizatório a devido por aplicação do artigo 45.º do CPTA.

15 Como lembram Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, o valor da indemnização é definido tendo por referência a utilidade específica que o autor tinha em vista com a propositura da ação «e não se confunde com a indemnização por todos os eventuais danos que possam ter resultado da atuação ilegítima da Administração [...] cujo apuramento depende do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito». ALMEIDA/ CADILHA (2017), p. 290.

16 Sendo o n.º 2 do artigo 45.º do CPTA omissivo quanto ao dever do autor de declarar neste novo articulado o valor do pedido indemnizatório e quanto à obrigação de pagamento do acrescido da taxa de justiça, será de aplicar o disposto no n.º 1 do artigo 308º do Código de Processo Civil (CPC) (cfr. artigo 1.º do CPTA).

Nos termos do n.º 1 do artigo 308.º do CPC, «Na determinação do valor da causa, deve atender-se ao momento em que a acção é proposta, excepto quando haja reconvenção ou intervenção principal». Ora, não sendo a aplicação do artigo 45.º do CPTA um caso de reconvenção, e não havendo intervenção principal, é de entender que está vedada uma nova determinação do valor da causa (cfr. também o art. 306.º, n.º 2 do CPC).

2. A arbitralidade da indemnização devida por inexecução da sentença

Os artigos 45.º e 45.º-A do CPTA permitem, verificados determinados pressupostos, a convalidação do pedido do autor na atribuição de uma indemnização, pelo que é com referência ao novo objeto da instância que se deve apurar da competência do tribunal arbitral.

Considere-se por isso o fundamento da indemnização prevista nos artigos 45.º e 45.º-A e o disposto no artigo 180.º do CPTA, que define os litígios emergentes de relações jurídicas administrativas suscetíveis de serem submetidos a arbitragem¹⁷.

Da aplicação dos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA resulta a condenação da entidade demandada ao pagamento de uma indemnização. A solução prevista nos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA é peculiar por permitir ao juiz desviar-se do pedido feito e ao qual está vinculado, condenando a entidade demandada ao pagamento de uma indemnização, quando verifique que a pretensão do autor é fundada e que à satisfação dos seus interesses obsta, no todo ou em parte, a existência de uma situação de impossibilidade absoluta ou a entidade demandada demonstre que o cumprimento dos deveres a que seria condenada originaria um excecional prejuízo para o interesse público.

A indemnização prevista no artigo 45.º do CPTA constitui uma indemnização por perda da sentença a que o autor tinha direito, o que implica, desde logo, que haja uma sentença que julgue procedentes os pedidos apresentados, pois só assim a sua não execução constitui uma perda ou um prejuízo a indemnizar¹⁸.

O fundamento da indemnização a pagar pela entidade demandada não reside por isso na sua responsabilidade civil extracontratual (por factos ilícitos), considerando que os pressupostos de que depende não reconduzem à prática de um facto ilícito e culposo de que tenham resultado danos para o autor; mas nos princípios da tutela jurisdicional efetiva, da economia processual e da flexibilidade do objeto de processo.

Na verdade, nada há de ilícito na conduta da entidade demandada que

17 Sobre o significado do termo arbitralidade, VENTURA (1986), p. 317.

18 Seguindo Mário Aroso de Almeida, «a modificação da instância traduz-se, assim, na substituição da pronúncia condenatória que o autor tinha solicitado e a que tinha direito, pela fixação da indemnização que, em eventual sede de execução dessa pronúncia, sempre lhe seria de reconhecer como devida pelo facto de inexecução». ALMEIDA (2021), p. 369. No mesmo sentido, Vera Eiró defende tratar-se «de antecipar um juízo de existência de uma causa legítima de inexecução para a fase declarativa do processo [...]. [...] o pedido do autor é procedente mas a sentença que decida da procedência do pedido formulado não pode ou não deve ser executada», pelo que é a inexecução legítima da sentença que justifica a obrigação de indemnizar. EIRÓ (2017), p. 556.

impossibilita a satisfação dos interesses do autor. Antes pelo contrário. A licitude da sua atuação é na verdade necessária para que os pressupostos de que depende a modificação objetiva da instância se verifiquem. Neste caso, o autor será credor de uma indemnização pela não execução (legítima) da sentença, direito esse cuja satisfação não depende do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil, nem tem uma finalidade sancionatória.

Ora, de acordo com a alínea b) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de «questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas».

Esta redação, introduzida na revisão de 2015, passou a incluir no âmbito da arbitrabilidade as questões respeitantes a «indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito de relações jurídicas administrativas», mesmo que não se fundam em responsabilidade civil extracontratual, como acontece quando decorra da aplicação do disposto nos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA¹⁹.

Por outro lado, também não constituiu uma matéria que o legislador tenha expressamente qualificado como inarbitrável nos termos do n.º 1 do artigo 185.º do CPTA, por não implicar a apreciação de questões atinentes a responsabilidade civil por prejuízos decorrentes do exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional.

Ora, em face da previsão da alínea b) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA e na falta de exclusão expressa do legislador, é de assumir que qualquer indemnização devida nos termos da lei, no âmbito de relações jurídicas administrativas poderá ser objeto de arbitragem administrativa.

Assim sendo, e uma vez que o artigo 180.º do CPTA constituiu uma norma de habilitação, será necessário para que o tribunal arbitral decida nos termos dos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA que a utilização deste mecanismo esteja prevista na convenção de arbitragem?

A modificação objetiva da instância prevista nos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA só tem lugar nos casos em que o pedido inicial deva proceder, mas que subsista um motivo que torna inviável a execução da pronúncia que viesse a ser emitida. Constituindo os artigos 45.º e 45.º-A do CPTA normas relativas à tramitação, aplicáveis ao contencioso pré-contratual, a sua aplicação ao processo arbitral não depende de previsão expressa nesse sentido na convenção de arbitragem.

19 Sem prejuízo da possibilidade, prevista no n.º 3 do artigo 45.º do CPTA, de o autor poder optar por pedir a reparação de todos os danos resultantes da atuação ilegítima da entidade demandada, o que a ocorrer, também não levantaria problemas de arbitrabilidade, considerando o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA.

Muito embora a entidade adjudicante beneficie de um poder unilateral de definição do regime processual aplicável²⁰, este é um poder vinculado.

A liberdade de conformação da entidade adjudicante, para além de condicionada pelo imperativo de urgência insito nos interesses públicos que se visam prosseguir com a celebração dos contratos abrangidos pelo contencioso pré-contratual, deve assegurar a concretização das várias dimensões do princípio da tutela jurisdicional efetiva²¹, estando-lhe vedado um exercício de seleção de normas que privilegie apenas a celeridade na resolução do litígio e o interesse público que lhe cabe prosseguir, em detrimento da posição jurídica dos interessados. A tramitação do processo arbitral deve conferir às partes as mesmas garantias e faculdades do contencioso pré-contratual que corre termos num tribunal administrativo estadual.

O tendencial equilíbrio das dimensões subjetivista-objetivista do processo deverá ser também salvaguardado, quanto ao conteúdo, estrutura e efeitos²² do processo, no arbitral, o que implica da parte da entidade adjudicante um esforço de contenção para se manter imparcial quanto a si mesma e aos interesses públicos que está incumbida de prosseguir.

A modificação objetiva da instância prevista nos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA visa equilibrar os interesses das partes e salvaguardar o princípio da tutela jurisdicional efetiva, bem como os princípios da celeridade e da economia processual.

Não está na disponibilidade da entidade adjudicante diminuir no regime processual que lhe cabe estabelecer para a arbitragem pré-contratual, as garantias que o legislador assegurou aos interessados junto dos tribunais administrativos estaduais num processo com o mesmo objeto, pelo que lhe está vedada a exclusão de mecanismos como o previsto nos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA.

Em suma, estando tal modificação exaustivamente prevista e regulada na legislação processual aplicável, não pode deixar de estar insita no objeto da convenção arbitral que remete o contencioso pré-contratual para arbitragem: este compreenderá por definição, no mesmo processo e junto da mesma instância jurisdicional, não apenas os pedidos de impugnação ou de condenação à prática de ato devido no âmbito da formação de contratos públicos, mas também e ainda, sendo o caso, os pedidos de indemnização a que possa haver lugar, na hipótese de, entretanto, o contrato ter sido celebrado e até integralmente executado.

20 Chamando à atenção para este benefício, SERRÃO/ CALDEIRA (2018), pp. 306 e 307.

21 Sobre a vinculação da justiça arbitral ao princípio da tutela jurisdicional efetiva, FONSECA (2013), pp. 173 a 176.

22 Sobre a distinção entre os modelos objetivistas e subjetivistas e o risco de se enfatizar, como critério, o aspeto teleológico, cfr. ANDRADE (2011), páginas 20-22.

III. As conclusões

Ao contrário do que sucede no contencioso pré-contratual que corre termos num tribunal estadual, no contencioso pré-contratual sujeito a arbitragem a apresentação da petição inicial é antecedida da constituição do próprio tribunal arbitral.

É a partir do momento em que é apresentado o pedido de constituição do tribunal arbitral que a entidade adjudicante tem conhecimento dos termos do litígio – sumariamente descrito no requerimento –, seguindo-se um conjunto de diligências que não dependem exclusivamente do requerente da arbitragem e que poderão arrastar-se por um período de tempo, mais ou menos longo, consoante haja ou não acordo quanto à nomeação do terceiro árbitro que exercerá as funções de presidente do tribunal arbitral.

De facto, dispõe o n.º 2 do artigo 11.º da LAV, que caso os demandantes ou os demandados não cheguem a acordo sobre o árbitro a designar, cabe ao tribunal estadual competente, a pedido de qualquer das partes, a designação do árbitro em falta.

A partir do momento em que é requerida a constituição de tribunal arbitral, nada obsta, nem mesmo o princípio da boa-fé, à alteração do objeto do litígio. Na verdade, se, a partir daquele momento, e até à apresentação da petição inicial, a entidade adjudicante celebrar o contrato e o executar, total ou parcialmente, tal conduta não pode, por si só, passar a ser considerada como ilícita, sobretudo quando o fim de interesse público que se procura prosseguir com a celebração daquele contrato não se compadeça com atrasos.

Ora, não estando associado ao requerimento de constituição do tribunal arbitral qualquer efeito suspensivo automático, o que sempre pressuporia a sua previsão na convenção de arbitragem; não sendo possível a solicitação de medidas provisórias, como as previstas no artigo 103.º-B do CPTA, por implicarem que, à data, o tribunal arbitral estivesse já constituído; e não tendo sido decretada por um tribunal administrativo estadual uma providência cautelar conservatória: estar-se-ia a condenar a arbitragem pré-contratual à absoluta inutilidade, se se negasse qualquer relevância ao momento em que é solicitada a constituição do tribunal arbitral.

Retomemos a hipótese enunciada.

Tendo sido intentada no tribunal arbitral entretanto constituído uma petição inicial em que se impugna o ato de adjudicação, e alegada, na contestação, a impossibilidade objetiva do pedido, por o contrato se encontrar já celebrado e executado à data da apresentação da petição inicial, no despacho saneador, deverá o tribunal arbitral extinguir a instância ou equacionar a aplicação dos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA?

As especificidades da arbitragem e da relação jurídica administrativa não podem deixar de interferir com a decisão do tribunal arbitral.

Aplicando-se (como se aplica) à arbitragem pré-contratual o disposto nos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA, caberá ao tribunal arbitral, vinculado pelos princípios *pro atione* e da tutela jurisdicional efetiva, que obrigam a que a interpretação da legalidade processual seja feita no sentido mais favorável à pronúncia de mérito, em detrimento da pronúncia de forma, valorizar o momento do pedido de constituição do tribunal arbitral e deixar seguir a ação para o efeito de conhecer o mérito do pedido.

Caso o pedido do autor se venha a afigurar procedente, deverá o tribunal arbitral proferir um despacho interlocutório em que reconhece o preenchimento dos pressupostos previstos no artigo 45.º do CPTA e convida as partes a acordar o montante da indemnização devida.

O princípio da tutela jurisdicional efetiva (cfr. artigos 20.º e 268.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa) desenhado constitucionalmente para atender às especificidades do direito administrativo e das suas relações jurídicas, vincula o legislador, a entidade adjudicante – à qual cabe o benefício e a responsabilidade de definir o regime processual aplicável – e os tribunais arbitrais à ideia de arbitragem administrativa como um meio funcionalmente adequado à resolução de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas (os previamente qualificados como arbitráveis), sensível às características do objeto do processo²³.

Numa perspetiva constitucional, as formalidades processuais devem servir o processo e o exame da questão de fundo²⁴, não devendo ser vistas (sobretudo na arbitragem) como um percurso de obstáculos destinados a impedir injustificadamente uma pronúncia material.

Bibliografia

- ALMEIDA, Mário Aroso de, 2021, *Manual de Processo Administrativo*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra
- ALMEIDA, Mário Aroso de, 2012, «Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal», in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, org. J. Miranda, J. Gomes Canotilho, J. S. Brito, M. N. Brito, M. L. Rego, P. Múrias, vol. II, Almedina, Coimbra, pp. 7-26.

23 SILVA (2009), pp. 35 e 36.

24 ANTUNES (2006), pp. 53 – 58.

- ALMEIDA, Mário Aroso de / CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, 2017, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra
- ANDRADE, J. Carlos Vieira de, (2011), *A justiça administrativa. Lições*, 11.^o Edição, Coimbra, Almedina.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço, *A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa. O Novo Contrato Natural*, (2006), Coimbra, Almedina
- EIRÓ, Vera, 2017, «O regime de antecipação da sentença por causa legítima de inexecução no CPTA revisto – notas introdutórias», in *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*, coord. Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves, Tiago Serrão, 3.^a Edição, Lisboa, AAFDL, pp. 341-372.
- FONSECA, Isabel Celeste M., 2013, «A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro?», in *Arbitragem Administrativa e Tributária. Problemas e Desafios*, coord. Isabel Celeste M. Fonseca, 2.^a edição, Coimbra, Almedina, pp. 159-178.
- GOUVEIA, Mariana França, 2013, «A competência cautelar do tribunal arbitral, em especial as providências executivas e as *anti-suit injunctions*», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Lebre de Freitas*, org. Armando Marques Guedes, Maria Helena Brito, Ana Prata, Rui Pinto Duarte, Maria França Gouveia, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 861-892.
- PEDRO, Ricardo, 2020, «Arbitragem Administrativa Urgente: “Contencioso Pré-contratual Arbitral”», in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 23, abril de 2020, Coimbra, Cedipre, pp. 57-81.
- PORTOCARRERO, Marta, 2015, *Contratos sobre o exercício de poderes públicos, transação e arbitragem. Ensaio sobre a disponibilidade e indisponibilidade do poder administrativo*, Porto, Universidade Católica Editora.
- SERRÃO, Tiago/ CALDEIRA, Marco, 2018, «As arbitragens pré-contratuais no Direito Administrativo português: entre a novidade e o risco de inefectividade», in *Arbitragem e Direito Público*, coord. Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho, Ricardo Pedro, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 289-330.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, 2003, trad. Madrid, INAP/Marcial Pons,
- SILVA, Paula Costa e, 2009, *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Lisboa, Coimbra Editora,
- SILVA, Paula Costa e, 2003, «A Arbitrabilidade de Medidas Cautelares», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 63, vol. I/II, abril 2003, pp. 211 a 235.
- VENTURA, Raúl, 1986, «*Convenção de Arbitragem*», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, vol. II, setembro de 1986, pp. 289-413.



VOLUME VII

n.º 1

jan. 2023

DIREITO PÚBLICO

DOCTRINA

As pronúncias dos Comités das Nações Unidas no âmbito dos Protocolos Facultativos: vinculatividade e eficácia jurídica das suas recomendações \ *The pronouncements of the United Nations Committees within the scope of the Optional Protocols: binding and legal effectiveness of their recommendations* \ **Filipe Venade de Sousa**

Hate speech by politicians in the case law of the European Court of Human Rights \ **Joana Gomes Beirão**

A indemnização pela perda de sentença na arbitragem de atos pré-contratuais \ *Compensation for loss of judgment in the arbitration of pre-contractual acts* \ **Juliana Ferraz Coutinho**

Raising the megaphones high: will children's voice for the climate reach the critical threshold for political action? \ **Kata Dozsa**

The right to science between national and international recognition – domestic contributions to the clarification of its normative content \ **Luísa C. Pinto e Netto**

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Much Ado About «Something»? Três tribunais internacionais e a guerra na Ucrânia \ **José Alberto Azeredo Lopes, Maria Isabel Tavares**