

DO RECURSO DE DECISÕES ARBITRAIS PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO*

ÍNDICE: 1. Introdução – objecto do presente estudo. 2. Do regime da impugnação de decisões arbitrais. 3. Do Tribunal Constitucional e da arbitragem: a) Aspectos fundamentais da CRP e do Tribunal Constitucional; b) Da Organização Judiciária Portuguesa e da natureza do Tribunal Arbitral. Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional; c) Do objecto de controlo da constitucionalidade. Conceito de norma. Regulamentos e convenções de arbitragem; d) Tipos de decisões recorríveis – recurso de decisão final e de decisão interlocutória; e) Da tramitação do recurso; f) Da ausência do Ministério Público nos tribunais arbitrais; g) Do recurso para o Tribunal Constitucional numa arbitragem internacional. 4. Conclusão. Bibliografia. Jurisprudência consultada.

1. INTRODUÇÃO – OBJECTO DO PRESENTE ESTUDO

I. O problema que vamos tratar é, fundamentalmente, o da possibilidade de recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional. Pareceu-nos estarmos perante um tema que justificaria a nossa atenção e análise, pela sua importância e actualidade e, bem assim, por ser um tema escassamente tratado pela doutrina.

Por outro lado, e exceptuando o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 150/86¹ (que versa concretamente sobre regulamentos de arbitragem), também parece não haver jurisprudência que aborde e disponha concretamente sobre esta questão.

Cumprе assim averiguar o porquê desta situação e, acima de tudo, se tal possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional é ou não viável.

II. Na actual Lei de Arbitragem Voluntária (LAV)², e concretamente por referência aos artigos 27.º a 29.º do mesmo diploma legal, estabelece-se ape-

* Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Direito, Pós-Graduação em Arbitragem.

¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 150/86, de 30 de Abril de 1986, in “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, 7.º Volume, 1986, pp. 287 a 301.

² Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

nas, no n.º 1 do artigo 29.º (recursos), que “*se as partes não tiverem renunciado aos recursos, da decisão arbitral cabem para o tribunal da Relação os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal de comarca*”.

Nada se dispõe, portanto, sobre a possibilidade de recurso ou não para o Tribunal Constitucional. Pelo que a questão subsiste: face a uma decisão arbitral que viole a nossa Lei Fundamental, existirá a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional? Esta questão ganha ainda mais interesse se tivermos em consideração que o próprio recurso para o Tribunal Constitucional é irrenunciável (artigo 73.º da Lei do Tribunal Constitucional, LTC, – Lei 28/82, de 15 de Novembro, com todas as suas alterações).

Teremos assim de abordar vários pontos em ordem a podermos, ou não, concluir pela recorribilidade de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional. Desde logo, tendo em conta que a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade compete aos tribunais em geral e ao Tribunal Constitucional em especial, apenas no exercício da função jurisdicional, poderemos afirmar que os tribunais arbitrais exercem a função jurisdicional?

Ainda a este respeito, serão os tribunais arbitrais verdadeiros tribunais? E poderemos considerá-los órgãos de soberania?

Por outro lado, tendo em conta que o Tribunal Constitucional Português é concebido fundamentalmente como um órgão jurisdicional de controlo normativo (tendo como objecto de fiscalização judicial apenas normas), será absolutamente crucial averiguar qual o conceito de “norma” a que os artigos 277.º e seguintes da Constituição da República Portuguesa (CRP) se referem, conceito este que assume aqui uma importância fundamental e estratégica. Será que estarão em causa apenas normas jurídico-públicas? Ou será que poderemos ser mais arrojados e defender que este conceito de norma abrange também as normas jurídico-privadas? Ainda em caso afirmativo, será que isso significa, por exemplo, que os regulamentos de arbitragem e as próprias convenções de arbitragem poderão estar sujeitos à fiscalização da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional?³

Por fim, se for admissível a possibilidade de recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional, este recurso referir-se-á só à decisão final? Ou será que poderá abranger também decisões interlocutórias? E como se processa a tramitação do recurso, face ao artigo 25.º da LAV?

³ E isto independentemente da possibilidade de ser intentada uma acção de anulação da decisão arbitral, nos termos dos artigos 27.º e seguintes da Lei de Arbitragem Voluntária.

III. O tema, objecto do presente estudo, será assim dividido em vários pontos e sub-pontos. Em primeiro lugar, iremos abordar, a título muito breve, o regime de impugnação da decisão arbitral (artigos 27.º a 29.º da LAV).

Será assim depois, e em segundo lugar, que abordaremos as relações entre o Tribunal Constitucional e a Arbitragem. Começaremos, muito brevemente, por tecer algumas considerações sobre a nossa Lei Fundamental e sobre o regime de controlo da constitucionalidade consagrado em Portugal. Posteriormente, passaremos à questão essencial, respeitante à organização judiciária portuguesa e à natureza do Tribunal Arbitral, procurando saber concretamente (i) se os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais, (ii) se exercem a função jurisdicional e, ainda, (iii) se serão ou não órgãos de soberania.

De seguida, analisaremos a questão, também essencial, do objecto de controlo da constitucionalidade, mais concretamente, do conceito de norma para efeitos dos artigos 277.º e ss. da CRP. Iremos ainda analisar a hipótese de este conceito de norma poder, ou não, abranger as normas jurídico-privadas (equacionando aqui a hipótese de serem também abrangidos regulamentos e convenções de arbitragem).

Por fim, teremos também em consideração outras questões pertinentes, directamente relacionadas com o nosso tema – nomeadamente, como já dissemos, a questão de saber (i) se se pode recorrer só de decisões finais ou também de decisões interlocutórias, (ii) de saber como se processa a tramitação do recurso, face ao artigo 25.º da LAV, e (iii) a questão de não haver Ministério Público nos tribunais arbitrais, não se podendo aplicar assim o artigo 280.º, n.º 3, da Constituição.

No final, concluiremos o presente estudo com as principais conclusões a que chegámos sobre a eventual possibilidade de recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional.

2. DO REGIME DA IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES ARBITRAIS

I. Dentro do âmbito da resolução alternativa de litígios, a arbitragem assume hoje um claro lugar de destaque, apresentando-se como um “*modo de resolução jurisdicional de controvérsias em que, com base na vontade das partes, a decisão é confiada a terceiro*”⁴.

⁴ Cfr. LUIS DE LIMA PINHEIRO, “Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem”, Almedina, 2005, p. 26.

A este respeito, o grande trunfo da arbitragem, pelo menos face à mediação, à conciliação, à negociação e aos Julgados de Paz (os outros meios de resolução alternativa de litígios⁵), reside, sem dúvida, na equiparação pública da decisão arbitral à sentença judicial, tendo a mesma força executiva que a sentença do tribunal judicial de 1.ª Instância (artigo 26.º da LAV).

Ora, um pressuposto/condição necessária desta equiparação é (e tem de ser) a possibilidade de impugnação da decisão arbitral. De facto, o Estado só está disposto a atribuir efeitos jurisdicionais a uma decisão arbitral se estiver salvaguardada a possibilidade de poder exercer algum controlo sobre a arbitragem, ou seja, se puder constatar que foram respeitadas determinadas regras mínimas do processo justo⁶. Podemos assim afirmar que “o sistema de vias de impugnação de decisões arbitrais concebido pelo legislador ordinário é o teste último a que o intérprete deve sujeitar o instituto da arbitragem voluntária”⁷.

II. A este respeito, convém desde já afirmar que a actual Lei de Arbitragem Voluntária consagra uma tripla via de impugnação da decisão arbitral, proferida na arbitragem interna. Falamos da acção de anulação, do recurso e da oposição à execução⁸.

O legislador nacional parece assim admitir um controlo alargado da decisão proferida por árbitros. Controlo este, porém, que pode pôr em causa as inúmeras vantagens que a arbitragem apresenta face aos tribunais judiciais⁹, o que leva até alguns autores a afirmar que os meios de impugnação das decisões arbitrais são mesmo “um dos problemas mais irritantes da arbitragem voluntária”¹⁰.

⁵ Embora se possa questionar, e a nosso ver bem, se a negociação deve ser autonomizada como meio de resolução alternativa de litígios, já que parece ser a base de todos eles e não um meio autónomo de *per se*. Sobre resolução alternativa de litígios ver MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Resolução Alternativa de Litígios – Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do seu ensino teórico e prático”, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2008.

⁶ Cfr. LUIS DE LIMA PINHEIRO, “Apontamento sobre a Impugnação da Decisão Arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Dez. 2007, ano 67, vol. III, e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 110. Conforme salienta Mariana França Gouveia, esta é, aliás, a razão que justifica que seja irrenunciável o direito de requerer a anulação da decisão arbitral, nos termos do artigo 28.º, n.º 1, da LAV.

⁷ Cfr. PAULA COSTA E SILVA, “Os Meios de Impugnação de Decisões Proferidas em Arbitragem Voluntária no Direito Interno Português”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 56 (1996), p. 180.

⁸ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 111.

⁹ Falamos, nomeadamente, da celeridade, do maior rigor técnico da decisão arbitral e da confidencialidade

¹⁰ Cfr. ROGER PERROT, “Les Voies de Recours en Matière d’Arbitrage”, *Ver. Arb.*, 1980, p. 268, *apud* PAULA COSTA E SILVA, “Os Meios de Impugnação de Decisões Proferidas em Arbitragem Voluntária no Direito Interno Português”, *cit.*, p. 207.

Com efeito, ao celebrarem a convenção de arbitragem, as partes pretendem atribuir a resolução do litígio à jurisdição arbitral, excluindo ao mesmo tempo a jurisdição estatal. Com a regra da recorribilidade, por exemplo, o poder dessa vontade contratual é negado pela própria lei, viabilizando-se, assim, a substituição da decisão dos árbitros pela sentença do tribunal judicial (proferida em recurso).¹¹

A razão deste controlo alargado parece ter sido a de pretender contrariar a desconfiança que, por vezes, os particulares continuam a ter perante a arbitragem voluntária e a definitividade do julgamento arbitral. O legislador português terá, eventualmente, pretendido dar uma resposta adequada a estes temores. Mas não deixa de ser verdade que esta resposta não é isenta de custos e riscos para o sucesso da própria arbitragem.

III. Tendo em consideração esta tripla via de impugnação da decisão arbitral, e face ao tema do presente trabalho, será o regime dos recursos o objecto do nosso estudo – mais concretamente, como temos dito, a questão da possibilidade e viabilidade de recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional. Impõe-se, por isso, abordar directamente esta questão, mas não sem antes tecermos algumas considerações sobre o regime de fiscalização da constitucionalidade e outros aspectos relacionados com a CRP.

3. DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E DA ARBITRAGEM

a) Aspectos fundamentais da CRP e do Tribunal Constitucional

I. A Constituição é a norma das normas, a Lei Fundamental do Estado, o imperativo superior de um ordenamento jurídico. Daí resulta uma pretensão de validade e de observância, como norma superior directamente vinculante em relação a todos os poderes públicos¹². De facto, a Constituição é a *lex superior*, “*quer porque ela é fonte da produção normativa (norma normarum) quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (superlegalidade material) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais*”¹³.

¹¹ Cfr. FRANCISCO CORTEZ, “A arbitragem voluntária em Portugal: dos «ricos homens» aos tribunais privados (conclusão)”, in *O Direito*, Ano 124.º, 1992, IV (Outubro-Dezembro), p. 581.

¹² Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, “A justiça constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e divergências”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 131.º, n.ºs 3891, 2892 e 3893.

¹³ GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, p. 890.

A própria fiscalização da constitucionalidade significa essencialmente isso: que “a Constituição é a lei básica do país e que toda a ordem jurídica deve ser conforme com ela. Ela é corolário da consideração da Constituição como facto jurídico, como realidade normativa, isto é, como lei fundamental da ordem jurídica”. Por outras palavras, dado a Constituição ser a norma suprema do país, todas as restantes normas a devem respeitar, traduzindo-se assim a fiscalização da constitucionalidade, antes de mais, na garantia do respeito pela hierarquia normativa¹⁴.

É, aliás, justamente este carácter de *lex superior* que justifica a consagração de garantias da Constituição, garantias estas que se destinam a assegurar a observância, respeito e aplicação da CRP e que consistem na vinculação de todos os poderes públicos à Constituição e na existência de modelos de controlo (político e jurisdicional) da constitucionalidade e de legalidade. De facto, o Estado constitucional democrático, além de enfraquecido, ficaria incompleto se não se assegurasse este mínimo de garantias e de sanções e se não se garantisse, assim, de modo cabal, a defesa da nossa Lei Fundamental.¹⁵

II. A nível destas garantias merecem, sobretudo, destaque os quatro tipos de controlo jurisdicional da constitucionalidade, consagrados na Lei Fundamental. Falamos da (i) fiscalização preventiva da constitucionalidade (consagrada no artigo 278.º da CRP e que consiste numa fiscalização anterior à introdução das normas na ordem jurídica, visando assim impedir a entrada em vigor de normas presumivelmente inconstitucionais¹⁶); da (ii) fiscalização concreta da constitucionalidade (consagrada no artigo 280.º da CRP e reconhecida a todos os tribunais – consiste na apreciação da existência ou não de inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto submetido a julgamento, havendo sempre, porém, a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional)¹⁷; (iii) da fiscalização abstracta da constitucionalidade

¹⁴ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.ª edição revista, Coimbra Editora, 1993, p. 971.

¹⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 887.

¹⁶ Cfr. FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, “Manual dos Recursos em Processo Civil”, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, p. 351.

¹⁷ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, *op. cit.*, p. 974. A fiscalização concreta, no fundo, funciona como uma porta de entrada ao Tribunal Constitucional pelo cidadão comum. Por outro lado, este tipo de controlo permite o acesso directo do Juiz à Constituição. Ele é obrigado a resolver a questão, não havendo suspensão ou reenvio para o Tribunal Constitucional (esta é uma das diferenças que separam o nosso modelo de constitucionalidade do modelo austríaco, como será oportunamente referido).

(assim designada por ser levada a cabo independentemente de qualquer aplicação concreta da norma objecto de apreciação – artigo 281.º da CRP); (iv) e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (artigo 283.º da CRP e que consiste na apreciação e verificação, pelo Tribunal Constitucional, do não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais).

No fundo, e muito resumidamente, podemos falar de um controlo concreto ou incidental e de um controlo abstracto – controlo este que, por sua vez, pode ser por acção (controlo preventivo e sucessivo) ou por omissão.

O nosso sistema de controlo da constitucionalidade é, deste modo, muito completo, reunindo vários aspectos que encontramos a nível de direito comparado: (i) controlo preventivo e sucessivo, (ii) controlo abstracto e difuso, (iii) acções e omissões.

III. Ainda a respeito do regime português de controlo da constitucionalidade, importa ter em atenção que o mesmo assume um carácter misto, não se reconduzindo inteiramente à solução de qualquer dos dois modelos clássicos: falamos do sistema difuso ou americano e do sistema concentrado ou austríaco. Podemos dizer, a este respeito, que o modelo português se apresenta como um *tertium genus*, representando “*uma confluência entre duas culturas jurídico-constitucionais diferentes: a do «judicial review» dos Estados Unidos e a da «Verfassungsgerichtsbarkeit» da Áustria*”¹⁸. O nosso sistema é, assim, um sistema misto complexo.

No *sistema difuso ou americano*, a fiscalização da constitucionalidade é atribuída a todos os tribunais, ou seja, é competente para fiscalizar a constitucionalidade das leis qualquer juiz que for chamado a fazer a aplicação de determinada lei a um determinado caso concreto, submetido a apreciação judicial. Esta competência é reconhecida à generalidade dos tribunais a título incidental e com eficácia limitada ao caso concreto (*judicial review*). Este controlo judicial da constitucionalidade das leis iniciou-se, em 1803, com o célebre caso *Marbury vs. Madison*. Foi aqui que, pela primeira vez, o tribunal comum praticou a *judicial review*.

Foi este sistema difuso de controlo o sistema tradicional português, tendo sido introduzido na Constituição de 1911 por influência da Constituição Brasileira de 1891.¹⁹

¹⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO, “Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade”, DJAP, IV vol., 1991, p. 363.

¹⁹ Cfr. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, *op. cit.*, p. 898. Sobre esta matéria ver também FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *op. cit.*, pp. 344 a 350.

Durante muito tempo, aliás, a justiça constitucional vai existir assim, de forma difusa. O grande salto deu-se mais tarde, com o *sistema concentrado ou austríaco*. Sistema concentrado porque o julgamento definitivo da constitucionalidade das leis é reservado a um único órgão, com exclusão de quaisquer outros²⁰. Consagra-se assim um controlo directo, abstracto, a título principal e com efeitos *erga omnes* que pressupõe a sua atribuição a um tribunal especializado (um Supremo Tribunal ou um Tribunal Constitucional).

A este modelo está sem dúvida ligado o nome de Hans Kelsen – modelo este que teve a sua origem na Constituição da Áustria de 1920 e que encontrou grande recepção após a 2.ª Guerra Mundial, estando consagrado na Áustria, Itália, Alemanha, Turquia, Jugoslávia, Chipre, Grécia, Espanha e Portugal²¹.

Em *Portugal*, e como dissemos anteriormente, o controlo da constitucionalidade assume, porém, um carácter misto e original, não se reconduzindo inteiramente à solução de qualquer dos dois modelos clássicos mencionados. De facto, nele se aliam elementos do controlo difuso e, paralelamente, do controlo concentrado. Assim, e como salienta o Professor Cardoso da Costa, “*por um lado, acolhe-se a ideia fundamental do primeiro dos modelos indicados, não se retirando à generalidade dos tribunais competência para decidirem integralmente a questão da constitucionalidade, e não os obrigando, mesmo quando esteja em causa uma «lei», a submeter essa questão previamente (antes de proferirem a decisão de fundo) ao Tribunal Constitucional; mas, por outro lado, estabelece-se, por via do recurso, um princípio de concentração de competência neste último Tribunal, princípio que, valendo qualquer que seja a natureza e o grau hierárquico da norma questionada, e não apenas quando ela seja uma norma legal, opera necessariamente, se for posta em causa a conformidade constitucional de norma de carácter legislativo ou equiparado ou uma decisão de defesa da Constituição já antes proferida pelo órgão jurisdicional ao qual essa defesa específica e primariamente cabe*”²².

Em suma, e muito resumidamente, podemos dizer que, entre nós, os tribunais, no que à fiscalização concreta diz respeito, conhecem e decidem sobre as questões de constitucionalidade, sem prejuízo de estas, quando implicarem uma desaplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, deverem ser obrigatoriamente julgadas pelo Tribunal Constitucional, que funciona, deste modo, como máxima instância de recurso²³.

²⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, *op. cit.*, p. 898.

²¹ Autor e *op. cit.*, p. 899.

²² Cfr. JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, “A Jurisdição Constitucional em Portugal”, 3.ª edição revista e actualizada, Almedina, 2007, pp. 42 e 43.

²³ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Justiça Constitucional”, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2006, p. 330. A grande particularidade do sistema português reside assim nesta arti-

É justamente por este facto, de todos os tribunais serem agentes privilegiados da justiça constitucional, que se costuma afirmar que, em Portugal, justiça constitucional não é sinónimo de Tribunal Constitucional²⁴; ou seja, muito simplesmente, o “*Tribunal Constitucional não é em Portugal o demiurgo da Constituição*”²⁵.

No que respeita aos órgãos de fiscalização da constitucionalidade, encontramos assim, de um lado, o Tribunal Constitucional e, do outro, os demais tribunais (todos e cada um deles²⁶). Quanto ao primeiro, podemos dizer que ele tem o exclusivo da fiscalização preventiva, da fiscalização sucessiva abstracta e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, julgando ainda os recursos das decisões dos outros tribunais; *os segundos, por sua vez, decidem das questões de constitucionalidade levantadas em cada caso sub judice, sendo sempre as suas decisões recorríveis para o TC.*²⁷

IV. Tudo isto nos permite concluir que, sendo a Constituição a Lei Fundamental do Estado, toda a ordem jurídica deve estar em conformidade com ela. A Constituição deve ser rigorosa e estritamente respeitada, incluindo pelo instituto da Arbitragem e, evidentemente, pelas próprias decisões arbitrais.

Deste modo, se uma decisão arbitral não estiver conforme à Constituição, tal decisão poderá²⁸ e deverá estar sujeita ao controlo de constitucionalidade mencionado.

culação do Tribunal Constitucional com os tribunais comuns (articulação que se dá por via de recurso da decisão do tribunal em questão para o Tribunal Constitucional). Deste modo, uma vez levantada a questão de inconstitucionalidade de uma norma, o tribunal não só tem que decidir essa questão, como, podemos ainda afirmar, tem mesmo esse dever e competência, não podendo apenas suspender o processo e reenviar a questão, a título prejudicial para o Tribunal Constitucional (como sucede em alguns países, caso da Alemanha e Áustria).

²⁴ Cfr. ANTÓNIO VITORINO, “A Justiça Constitucional (Notas sobre o futuro (possível?) da justiça constitucional)”, in RMP, ano VI, n.º 12, pp. 9 e 10, *apud* RUI MEDEIROS, “A Decisão de Inconstitucionalidade”, Universidade Católica Editora, 1999, p. 10.

²⁵ Cfr. VITAL MOREIRA, “O Tribunal Constitucional português: valor e alcance das suas decisões”, in *Progresso do Direito*, 1986, p. 113.

²⁶ Assim se costuma afirmar que “*no actual sistema jurídico português, todos os tribunais, sem excepção, são órgãos da justiça constitucional*”, visto que “*todos os tribunais têm acesso directo à constituição, com competência plena para decidir, e não apenas para apreciar e admitir o incidente, remetendo, como acontece em alguns sistemas – alemão, italiano –, a decisão para o TC*” (Cfr. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, *op. cit.*, p. 917).

²⁷ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, Coimbra Editora, 1991, p. 240. Daí que se costume afirmar que, em Portugal, a decisão dos tribunais não constitui a última palavra. Caberá sempre recurso para o Tribunal Constitucional que decidirá a questão da constitucionalidade.

²⁸ Se a inconstitucionalidade for suscitada durante o processo.

Ora, sendo o nosso sistema um sistema misto complexo (entre os referidos sistemas difuso ou americano e concentrado ou austríaco), tal significa que o controlo da constitucionalidade (das decisões arbitrais e não só) pode ser feito quer no próprio tribunal arbitral, quer no Tribunal Constitucional. Pelo que, aparentemente, será possível o recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional.

Dissemos, porém, “aparentemente”, porque há ainda mais alguns passos que precisamos de dar para concluirmos, ou não, se a afirmação que proferimos corresponde à verdade. Nomeadamente, e desde logo, importa apurar, face a alguma controvérsia a este respeito, se o Tribunal Arbitral é um verdadeiro tribunal e, acima de tudo, se exerce ou não a função jurisdicional. Aspecto que se afigura absolutamente essencial, já que, relembramos, a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade compete aos tribunais em geral e ao Tribunal Constitucional em especial, apenas no exercício da *função jurisdicional*²⁹.

b) Da Organização Judiciária Portuguesa e da natureza do Tribunal Arbitral. Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional

I. Nos termos do artigo 202.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, incumbindo-lhes, no que respeita à administração da justiça, assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados. Ou seja, os tribunais apresentam-se assim como os “*órgãos constitucionais aos quais é especialmente confiada a função jurisdicional exercida por juízes*”.³⁰

A primeira observação que nos cumpre fazer é a de que o poder jurisdicional surge, deste modo, como um poder separado dos outros poderes, na medida em que só pode ser exercido por tribunais, pelo que não podem ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos.³¹

Em segundo lugar, importa ter em atenção que o nosso sistema jurisdicional não é unitário (não existindo uma concentração da função jurisdicional

²⁹ JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo VI, Coimbra Editora, 2001, p. 176.

³⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, *op. cit.*, p. 657.

³¹ Cfr. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, *op. cit.*, p. 657.

numa única organização judiciária), estando assim consagrado o princípio da pluralidade de jurisdições. Deste modo, temos várias categorias ou ordens de tribunais, separadas entre si, cada uma com a sua estrutura e regime próprio³². De facto, nos termos do artigo 209.º, n.º 1, da CRP, constatamos que a organização judiciária portuguesa se encontra dividida em quatro categorias de tribunais ordinários. Falamos do Tribunal Constitucional, dos Tribunais Judiciais (artigo 211.º), dos Tribunais Administrativos e Fiscais (artigo 212.º) e do Tribunal de Contas (artigo 214.º). Paralelamente, a Constituição prevê e admite também a existência de tribunais marítimos, **tribunais arbitrais**³³ e julgados de paz (artigo 209.º, n.º 2, da CRP), podendo ainda ser constituídos tribunais militares na vigência do estado de guerra (artigo 213.º da CRP).

II. A questão concreta que agora surge é a de saber se os tribunais arbitrais, apesar da sua consagração legal expressa como tribunais no mencionado artigo, se podem ou não considerar como verdadeiros tribunais e se exercem a função jurisdicional. Só assim poderemos responder à questão de saber se é ou não possível o recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional.

A primeira questão é discutida na jurisprudência constitucional já desde o Acórdão 230/86, de 8 de Julho de 1986³⁴. Com efeito, há quem defenda (posi-

³² Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, "Constituição da República Portuguesa Anotada", *op. cit.*, p. 805.

³³ Questão interessante que se coloca aqui é a de saber se o mencionado artigo abrange só os tribunais voluntários ou também os necessários. É muito duvidoso que assim seja, havendo mesmo quem considere que, verdadeiramente, nem se trata de verdadeiros tribunais arbitrais, conduzindo a um conceito mais geral de arbitragem. Com efeito, os tribunais arbitrais necessários têm uma origem diversa dos voluntários, surgindo, não em virtude de um negócio jurídico privado que lhes dá vida, mas sim por um procedimento do poder executivo ou de acto legislativo. A respectiva jurisdição não repousa assim na vontade das partes, antes se lhes impõe, ainda que contra a sua vontade. Daqui deriva o carácter tipicamente publicístico deste instituto, em que a vontade do legislador se sobrepõe à das partes. Por outro lado, estes tribunais implicam que as partes ficam impedidas de "*recorrer directamente aos tribunais «ordinários» que normalmente seriam competentes, podendo por isso pôr em causa não apenas o direito de acesso aos tribunais (art. 20.º-2) mas também o princípio da igualdade (art. 13.º)*" – Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, "Constituição da República Portuguesa Anotada", *op. cit.*, p. 808. Sobre esta matéria, veja-se também LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem", *op. cit.*, p. 26 e os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 289/86, de 29 de Outubro de 1986 (*in* "Acórdãos do Tribunal Constitucional", 8.º Volume, 1986, pp. 399 a 419), 52/92, de 5 de Fevereiro de 1992 (*in* "Acórdãos do Tribunal Constitucional", 21.º Volume, 1992, pp. 51 a 68) e 32/87, de 28 de Janeiro de 1987, *in* DR, II série, de 7 de Abril de 1987.

³⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86, de 8 de Julho de 1986, *in* "Acórdãos do Tribunal Constitucional", 8.º Volume, 1986, pp. 115 a 133.

ção minoritária³⁵) que o tribunal arbitral é assim designado por mera tradição e comodidade, não se podendo, porém, considerar um verdadeiro tribunal, ou seja, um tribunal no sentido técnico e próprio da palavra. Para tanto se argumenta que (i) não é órgão de soberania, (ii) não cabe na hierarquia dos tribunais, (iii) as suas decisões não são proferidas por magistrados, (iv) não está sujeito ao Conselho Superior da Magistratura, (v) não tem “*ius imperii*” (não tendo competência executiva), (vi) os árbitros não são nomeados nem remunerados pelo Estado, mas sim pelas partes, (vii) não há Ministério Público, (viii) os conflitos que dirime são apenas os que lhe forem submetidos, exclusivamente por lei especial, (ix) não funciona em instalações próprias, (x) não administra a justiça em nome do povo, limitando-se a dirimir conflitos de natureza privada, no exclusivo interesse das partes em litígio.

Os argumentos referidos levam-nos assim a considerar a natureza do tribunal arbitral e a analisar, num primeiro momento, a questão controversa de saber se se consideram ou não órgãos de soberania. Sem dúvida que os tribunais arbitrais apresentam particularidades que os distinguem dos demais, não sendo “*tribunais em sentido próprio (...) visto não serem órgãos do Estado*”³⁶. Ou seja, em determinados aspectos, os tribunais arbitrais não são tribunais como os outros. De facto, os tribunais arbitrais não são órgãos estaduais (são constituídos por vontade das partes), muitas vezes nem são órgãos permanentes (são constituídos para resolver um certo e determinado litígio) e os árbitros não são juizes de carreira. Por outro lado, nos termos do artigo 202.º, n.º 1, da CRP, os tribunais são os “*órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo*”, definição a que, aparentemente (segundo alguns), escapariam os tribunais arbitrais por não serem órgãos de soberania³⁷.

³⁵ Ver declaração de voto de JOSÉ MAGALHÃES GODINHO no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 33/88 (Ac. 33/88 de 2 de Fevereiro de 1988, in “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, 11.º Volume, 1993, pp. 221 a 232).

³⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, *op. cit.*, p. 791.

³⁷ Este problema de saber se os tribunais arbitrais são ou não órgãos de soberania tornou-se mais interessante com a entrada em vigor da Lei Constitucional 1/82, de 30 de Setembro (falamos da 1.ª Revisão Constitucional). O que se passou foi que, enquanto o artigo 205.º (hoje artigo 202.º, n.º 1) manteve a primitiva redacção, o artigo 212.º (hoje artigo 209.º) sofreu algumas alterações – falamos aqui, sobretudo, da inclusão dos tribunais arbitrais entre as diversas categorias de tribunais. Passou a verificar-se assim um certo desfasamento, uma certa contradição entre estes dois preceitos; contradição esta que não existia antes da 1.ª Revisão Constitucional, verificando-se, na altura, uma perfeita sintonia entre a definição de tribunais do então artigo 205.º e as categorias de tribunais enunciadas no artigo 212.º. Acrescente-se ainda que esta posição minoritária (que entende não serem os tribunais arbitrais verdadeiros tribunais)

De todo o modo, importa considerar que, mesmo que os tribunais arbitrais não se enquadrem completamente na definição de tribunais enquanto órgãos de soberania (artigo 202.º, n.º 1), eles nem por isso podem deixar de ser qualificados como tribunais para outros efeitos constitucionais, visto serem constitucionalmente definidos como tais e estarem expressa e constitucionalmente previstos como categoria autónoma de tribunais (ou seja, haverá, portanto, outros tribunais, para além dos que podem ser qualificados como órgãos de soberania)³⁸. Continua ainda o Acórdão 230/86 afirmando, e bem, que o “*tribunal arbitral voluntário, mesmo em doutrina pura, é tido e considerado como real e verdadeiro tribunal*”, cabendo, desde logo, na “*definição genericamente dada por Marcello Caetano, segundo a qual «tribunal é o órgão singular ou colegial que a requerimento de alguém, e procedendo com imparcialidade e independência segundo as fórmulas pré-estabelecidas, possui autoridade para fixar a versão autêntica dos factos incertos ou controversos de um caso concreto a fim de determinar o direito aplicável a esse caso em decisão com força obrigatória para os interessados» (Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 4.ª ed., p. 540)*”.

Acrescente-se, ainda, que o tribunal arbitral voluntário constituiu-se precisamente para exercer a *função jurisdicional*, isto é, para praticar os actos jurisdicionais para que tiver sido solicitado, nos termos da convenção de arbitragem. Por outro lado, no desenvolvimento da sua acção e na prática dos actos próprios da sua competência jurisdicional, verifica-se que cada um desses actos é tipicamente um acto jurisdicional, tal como ele é, aliás, caracterizado por Afonso Queiró.³⁹

Em suma, o “*tribunal arbitral voluntário exerce, pois, a função jurisdicional (Castro Mendes, Direito Processual civil, 1971, p. 243), constitui afinal*

não considera decisivo o facto de os tribunais arbitrais estarem expressamente consagrados na Constituição, aparentemente no mesmo plano dos restantes tribunais – os tribunais arbitrais já se deviam considerar admitidos face à primeira versão da Constituição, anteriormente à Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro.

³⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86, de 8 de Julho de 1986, *op. cit.*, p. 121.

³⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86, de 8 de Julho de 1986, *op. cit.*, p. 122. Segundo Afonso Queiró, como o próprio Ac. 230/86 sublinha, “*ao cabo e ao resto, o quid specificum do acto jurisdicional reside em que ele não apenas pressupõe, mas é necessariamente praticado para resolver uma questão de direito. Se, ao tomar-se uma decisão, a partir de uma situação de facto traduzida numa questão de direito (na violação do direito objectivo ou na ofensa de um direito subjectivo), se actua, por força da lei, para se conseguir a produção de um resultado prático diferente da paz jurídica decorrente da resolução dessa questão de direito, então não estaremos perante um acto jurisdicional; estaremos, sim, perante um acto administrativo (Lições de Direito Administrativo, p. 51)*”.

*um caso de exercício privado da função jurisdicional (Afonso Queiró, op. cit., p. 41)*⁴⁰.

III. Este Acórdão 230/86 (que podemos considerar o "leading case") foi sendo seguido de muito perto pela nossa jurisprudência constitucional⁴¹. Merece particular destaque, nomeadamente, o Acórdão n.º 52/92, de 5 de Fevereiro de 1992⁴². Estabelece peremptoriamente este Acórdão (p. 58) que o «juiz-árbitro» desenvolve uma função jurídica pela qual declara o Direito (*jurisdictio*), se bem que não possa executá-lo, ao invés do que se passa com o «Juiz-funcionário». Mas pode dizer-se que «esta evidente ausência de 'potestas' por parte do árbitro, enquanto não representa ou encarna a organização jurídico-política do Estado, se vê compensada com a 'auctoritas' (cfr. José Medina e José Merchán, *Tratado de Arbitraje Privado Interno y Internacional*, Madrid, 1978, p. 183). «As decisões do árbitro são verdadeiras e próprias decisões jurisdicionais, dotadas de autoridade» (cfr. Carlo Guarnieri, *L'Indipendenza della Magistratura*, Pádua, 1981)».

Neste sentido vai, aliás, o artigo 26.º, n.º 2, da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (Lei da Arbitragem Voluntária – LAV), ao estabelecer expressamente que a "decisão arbitral tem a mesma força executiva que a sentença do tribunal judicial de 1.ª instância", assim como o artigo 29.º, n.º 1, do mesmo diploma legal.

Seguindo igualmente o entendimento perfilhado pelos Acórdãos 230/86 e 52/92, encontramos ainda o Acórdão n.º 250/96, de 29 de Fevereiro de 1996⁴³ – acórdão que de novo reforça a ideia que, atendendo ao facto de a Constituição contemplar expressamente (no artigo 209, n.º 2) os tribunais arbitrais como uma das categorias de tribunais, não pode ser questionada a legitimidade dos tribunais arbitrais enquanto tal. A este entendimento acresce também o do Acórdão n.º 506/96, de 21 de Março de 1996⁴⁴, dispondo que a "existência de tribunais arbitrais voluntários é, ela própria, uma concretização do direito de acesso aos tribunais, uma vez que, para a Constituição, não há

⁴⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86, de 8 de Julho de 1986, *op. cit.*, pp. 122 e 123.

⁴¹ Veja-se, entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional, n.ºs 52/92, de 5 de Fevereiro de 1992, 250/96, de 29 de Fevereiro de 1996, 506/96, de 21 de Março de 1996, 289/86, de 29 de Outubro de 1986 e 33/88, de 2 de Fevereiro de 1988 – acórdãos que serão oportunamente referidos ao longo deste ponto.

⁴² Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 52/92, de 5 de Fevereiro de 1992, *op. cit.*.

⁴³ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 250/96, de 29 de Fevereiro de 1996, in "Acórdãos do Tribunal Constitucional", 33.º Volume, 1996, pp. 465 a 471.

⁴⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 506/96, de 21 de Março de 1996, in "Acórdãos do Tribunal Constitucional", 33.º Volume, 1996, pp. 761 a 764.

*apenas tribunais estatais*⁴⁵. Ou seja, e como salientam os Professores Jorge Miranda e Rui Medeiros, “*ao admitir tribunais arbitrais, a Constituição recusa a vigência de um princípio de monopólio estadual da função jurisdicional*”⁴⁶.

IV. Face ao exposto, e além de tudo o que já foi dito, pensamos que o ponto mais importante aqui, para apurarmos a possibilidade de recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional, é saber se as decisões arbitrais são ou não decisões jurisdicionais. É este um ponto absolutamente essencial.

Ora, como tivemos oportunidade de constatar nos vários acórdãos que analisámos, o próprio Tribunal Constitucional sublinha a natureza jurisdicional dos tribunais arbitrais. E compreende-se que assim seja. 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 típicos de um acto jurisdicional (falamos do caso julgado e força executiva)⁴⁷. Ou seja, não sofre contestação que a arbitragem corresponde a um instrumento de composição jurisdicional de conflitos, podendo dizer-se que se “*actua, através dela, a função jurisdicional de heterodirimir conflitos*”⁴⁸. Muito resumidamente, podemos dizer que a arbitragem voluntária é, assim, “*contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado*”⁴⁹.

Ora, exercendo a função jurisdicional, como é amplamente admitido pela doutrina, pela jurisprudência e mesmo pela LAV (artigos 26.º n.º 2 e 29.º, n.º 1 – princípio da equiparação das decisões arbitrais às decisões jurisdicionais), 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.⁵⁰

⁴⁵ No sentido deste entendimento que temos vindo a analisar encontramos ainda, por fim, o Acórdão n.º 289/86, de 29 de Outubro de 1986, *op. cit.*

⁴⁶ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, tomo III, Coimbra Editora, 2007, p. 17.

⁴⁷ Cfr. LUIS DE LIMA PINHEIRO, “Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem”, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁸ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, tomo III, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁹ Cfr. FRANCISCO CORTEZ, *op. cit.*, p. 555.

⁵⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, tomo III, *op. cit.*, p. 657 e JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, *op. cit.*, pp. 25 e 26.

V. A questão que se pode colocar é a de saber se os árbitros exercem uma função do Estado, ou seja, se participam no exercício de uma função estadual.

Face ao artigo 209.º, n.º 2, da Constituição (norma que consagra os tribunais arbitrais dentro das categorias de tribunais existentes), poder-se-ia dizer que os tribunais arbitrais integram o sistema jurisdicional e a organização do poder político. Consequentemente, poder-se-ia também pensar que os árbitros exercem a função estadual; pelo que estaríamos aqui diante de uma situação de exercício da função estadual por particulares.⁵¹

Porém, e tal como o Professor Lima Pinheiro⁵² salienta, não nos parece ser esse o caso. Ou seja, não se verifica, na arbitragem, nem o exercício de uma função pública por particulares nem sequer uma delegação de poderes públicos nos árbitros. Devemos é partir do princípio de que *não existe, à luz da nossa Constituição, um princípio de monopólio estadual da função jurisdicional* e que a nossa ordem jurídica pode permitir que, em paralelo com os tribunais estaduais (função jurisdicional do Estado), existam tribunais arbitrais (*actividade jurisdicional privada*). De resto, e como já dissemos anteriormente, a ausência de *potestas* por parte dos árbitros vê-se compensada com a *auctoritas*, ou seja, os árbitros exercem um poder de autoridade que, não sendo um poder público, é, de certo modo, equivalente ao poder dos juizes (neste sentido aponta, aliás, o já mencionado artigo 26.º, n.º 2, da LAV).

Em suma, embora se deva admitir que os árbitros exercem uma função jurisdicional, importa salientar que não é em nome de um poder público que a exercem, mas a título privado (já que todos os poderes lhe advêm do compromisso arbitral, sendo as partes que os investem nesses poderes). De todo o modo, sempre se dirá que a jurisdição arbitral se comporta como jurisdição verdadeira e própria. De facto, pode-se sustentar que os actos desta justiça, de fonte e origem privada, se revestem da mesma autoridade e surtem a mesma eficácia que os actos da justiça pública⁵³. Na verdade, o árbitro não é um conciliador, não sendo a decisão arbitral uma transacção. Pelo contrário, o árbitro é um juiz, sendo a sua decisão uma sentença⁵⁴.

⁵¹ Isto, não obstante o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 150/86, de 30 de Abril de 1986, ter considerado que os "*tribunais arbitrais exercem poderes soberanos, tal como os restantes tribunais, não sendo legítimo, por isso, negar o carácter público da função que desempenham*" – in "Acórdãos do Tribunal Constitucional", 7.º Volume, 1986, p. 299.

⁵² Cfr. LUIS DE LIMA PINHEIRO, "Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem", *op. cit.*, pp. 191 a 195 – aqui seguido de muito perto.

⁵³ Cfr. A. FERRER CORREIA, "Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado", Almedina, 1989, pp. 206 e 329.

⁵⁴ Cfr. FRANCISCO CORTEZ, *op. cit.*, p. 555. Neste sentido, veja-se também, entre outros, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, "Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem", in *Estudos*

Está hoje assim plenamente consagrado o princípio da equiparação das decisões arbitrais às decisões judiciais (consagração esta expressa não só no artigo 26.º, n.º 2, mas também no artigo 29.º, n.º 1, da LAV) e segundo o qual, em sede de recursos, a decisão arbitral segue um regime equivalente ao das decisões dos tribunais judiciais de primeira instância (embora, claro, equiparação não signifique identidade)⁵⁵.

VI. Face ao referido artigo 280.º, n.º 1, da Constituição, importa ainda ter em atenção que apenas são admissíveis recursos para o Tribunal Constitucional de *decisões dos tribunais* e não de decisões de outros órgãos que não sejam tribunais. A este respeito, e de modo a afastar quaisquer dúvidas que possam surgir, diga-se, desde já, que entendemos que se devem considerar abrangidas as decisões dos tribunais arbitrais.⁵⁶

O que se compreende perfeitamente. Os *“tribunais arbitrais, a partir do momento em que realizam uma actividade jurisdicional, estão em princípio sujeitos aos princípios constitucionais que regulam esta actividade”*, impondo assim a Constituição um *“controlo estadual da arbitragem”*, *“quer por meio da impugnação ou do controlo da eficácia da decisão arbitral nacional quer no estúdio do reconhecimento da decisão arbitral estrangeira”*⁵⁷.

VII. Em suma, e no que respeita ao ponto concreto que nos propusemos tratar (recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional), os *“tribunais arbitrais não podem aplicar normas que infrinjam a Constituição ou os princípios nela consignados (artigo 204.º da CRP) e, portanto, a sentença arbitral está submetida ao regime da garantia da Constituição”*, no

em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Volume II, Almedina, 2002, pp. 625 e 626.

⁵⁵ Cfr. LUIS CARVALHO FERNANDES, “Dos Recursos em Processo Arbitral”, *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura, volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, p. 143.

⁵⁶ Cfr. FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *op. cit.*, p. 355. Sobre a questão, controversa, de saber se as decisões dos tribunais arbitrais, que julguem segundo a equidade, escapam ou não ao controlo do Tribunal Constitucional, ver JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, tomo III, *op. cit.*, p. 55, RUI MEDEIROS, “A Decisão de Inconstitucionalidade”, *op. cit.*, pp. 345 e 346, LUIS CARVALHO FERNANDES, *op. cit.*, pp. 146 a 148 e FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *op. cit.*, p. 355. Concretamente sobre a equidade, veja-se ainda ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A Decisão segundo a Equidade”, *in* *O Direito*, Ano 122.º, 1990, II (Abril-Junho), pp. 261 a 280 e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, pp. 100 a 108.

⁵⁷ Cfr. LUIS DE LIMA PINHEIRO, “Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem”, *op. cit.*, p. 195.

sentido, desde logo, de que as partes podem recorrer da sentença arbitral que recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou ilegalidade ou que aplique norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo, nos termos previstos no artigo 280.º da CRP e sempre que não tenham renunciado aos recursos⁵⁸. Tal compreende-se perfeitamente já que os próprios tribunais arbitrais estão subordinados ao regime da categoria dos tribunais judiciais – subordinação esta que resulta em uma “*verdadeira assimilação material entre os tribunais arbitrais e os tribunais judiciais, num verdadeiro exercício privado da função jurisdicional*”⁵⁹.

Deste modo, tendo nós concluído que os tribunais arbitrais exercem a função jurisdicional e são verdadeiros tribunais (não sendo porém órgãos de soberania), concordamos inteiramente com a opinião mencionada dos Professores Jorge Miranda e Rui Medeiros, pelo que também admitimos a possibilidade de recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional⁶⁰. Pelo menos quando estejam em causa normas jurídico-públicas (leis, decretos-lei, etc.). Porém, e se estiverem em causa normas jurídico-“privadas” (caso de regulamentos de arbitragem e, quiçá, de convenções de arbitragem)? Será ainda possível o recurso para o Tribunal Constitucional? É sobretudo esta questão que iremos analisar no ponto seguinte.

⁵⁸ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, *op. cit.*, pp. 117 e 118 (sublinhado nosso). Jorge Miranda e Rui Medeiros falam mesmo num “triplo sentido” de submissão da sentença arbitral ao regime da garantia da CRP.

⁵⁹ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, *op. cit.*, pp. 117 e 115.

⁶⁰ A posição que defendemos aqui (o recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional) ganha ainda maior interesse se tivermos em consideração que, nos termos do artigo 73.º da Lei do Tribunal Constitucional⁶⁰, “o direito de recorrer para o Tribunal Constitucional é irrenunciável”. Deste modo, de nada vale, às partes, o estatuído na primeira parte do n.º 1 do artigo 29.º da LAV, que permite a estas a possibilidade de renúncia aos recursos.

Esta renúncia não abrange assim todo o tipo de recursos. Com efeito, além de não abarcar os recursos para o Tribunal Constitucional, entende-se também, pacificamente, que a renúncia prevista no artigo 29.º não abrange os recursos extraordinários (neste sentido, veja-se, entre outros, PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *in* ROA, ano 52, III, Dezembro 1992, pp. 1007 e ss., LUÍS CARVALHO FERNANDES, *op. cit.*, p. 148 e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Apontamento sobre a Impugnação da Decisão Arbitral”, *op. cit.*).

c) Do objecto de controlo da constitucionalidade. Conceito de norma. Regulamentos e convenções de arbitragem

I. Admitido o recurso de decisões arbitrais para o TC, importa analisar ainda outras questões igualmente relevantes. Nomeadamente, pergunta-se, poder-se-á recorrer também para o TC de regulamentos e de convenções de arbitragem, ou seja, poder-se-á recorrer com base na inconstitucionalidade de normas dos regulamentos e, quiçá, das próprias convenções de arbitragem?

Antes de respondermos directamente à questão mencionada teremos, porém, de analisar um conceito essencial e fundamental subjacente às referidas interrogações e que nos permitirá compreendê-las em toda a sua extensão: falamos do objecto de controlo da constitucionalidade, mais concretamente, do conceito de norma⁶¹.

II. A primeira ideia a reter é a de que o nosso Tribunal Constitucional é concebido fundamentalmente como um órgão jurisdicional de controlo normativo (controlo este de constitucionalidade e de legalidade). Ou seja, só os actos que tenham valor normativo é que podem ser objecto de apreciação e eventual declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, pelo que o objecto de fiscalização judicial são apenas as normas. De todo o modo, diga-se que, ao contrário do que sucede em muitos outros países (caso, por exemplo, da Espanha, Alemanha, Itália, França e Estados Unidos), em que o objecto de fiscalização da constitucionalidade abrange apenas os chamados actos normativos primários (leis ou actos equiparáveis), em Portugal o objecto de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade abrange todas as normas (independentemente da sua natureza, forma, fonte e hierarquia), estendendo-se, assim, a todos os actos jurídico-normativos vigentes na nossa ordem jurídica. Entre nós, pode dizer-se que a jurisprudência constitucional tem assim um amplo objecto de controlo, já que abrange os chamados actos normativos secundários ou terciários.

⁶¹ Sobre este ponto concreto ver, entre outros, JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, *op. cit.*, pp. 29 a 35, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “A Fiscalização de «Normas Privadas» pelo Tribunal Constitucional”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 133.º (2001), pp. 357 a 363, LICÍNIO LOPES MARTINS, “O Controlo de Normas na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* [N.º 2], vol. LXXV (1999), pp. 599 a 648, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, *op. cit.*, pp. 932 a 947, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, pp. 416 e ss., FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *op. cit.*, pp. 356 a 360, FERNANDO ALVES CORREIA, “Direito Constitucional – a Justiça Constitucional”, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 68 a 91.

Deste modo, nos termos do artigo 204.º da CRP, não podem os tribunais, nos feitos submetidos a julgamento, aplicar *normas* que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados, sendo inconstitucionais as *normas* que não respeitarem esta máxima (artigo 277.º, n.º 1, CRP). Em face do n.º 1 do artigo 280.º CRP, cabe assim recurso para o TC das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de **qualquer norma** com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

III. O conceito de norma assume, deste modo, uma importância absolutamente crucial e estratégica para efeitos do controlo da constitucionalidade, não só pelos tribunais ordinários, mas sobretudo pelo TC.

De resto, este problema do conceito de norma não é desconhecido na jurisprudência constitucional portuguesa, já tendo sido abordado pela própria Comissão Constitucional nos seus pareceres n.ºs 3/78, 6/78 e 13/82⁶². A nível de acórdãos do TC, o ponto de partida surge com o Acórdão n.º 26/85 (o “*leading case*” nesta matéria), que, no que respeita ao conceito de norma, defende a adopção de um conceito simultaneamente funcional e formal de norma. Deste modo, não se defende nem um conceito material (baseado na generalidade e abstracção), nem um conceito simplesmente formal, mas sim um “*conceito funcionalmente adequado ao sistema de fiscalização da constitucionalidade aí instituído e consonante com a sua justificação e sentido*”. O que se tem assim em vista com este sistema é o controlo dos actos do poder normativo do Estado (*lato sensu*), ou seja, aqueles actos que “*contêm uma regra de conduta ou um critério de decisão para os particulares, para a Administração e para os tribunais*”⁶³. Ficam de fora as decisões judiciais e os actos administra-

⁶² Cfr. Pareceres da Comissão Constitucional, vol. 4.º, pp. 221 e ss. e pp. 303 e ss., e vol. 19.º, pp. 149 e ss.. Merece sobretudo particular destaque o Parecer n.º 13/82. A Comissão entendeu a este respeito que, para efeitos de fiscalização da constitucionalidade, o conceito de norma não abrange apenas os preceitos gerais e abstractos, incluindo todo e qualquer preceito contido num diploma legal, mesmo que se trate de um preceito de carácter individual e concreto, e mesmo que este se revista de eficácia consumptiva. A Comissão adoptou assim a doutrina de que, para o efeito de fiscalização da constitucionalidade, há que operar com um conceito formal e não material de norma (doutrina particularmente desenvolvida no Parecer n.º 13/82).

⁶³ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 26/85, de 15 de Fevereiro de 1985, *in* “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, 5.º Volume, 1985, pp. 7 a 70. Acórdão aqui seguido muito de perto. Por outro lado, diga-se, ainda, que este abandono de uma noção material, doutrinária e aprioristicamente fixada do conceito de norma, em benefício da opção por um conceito funcional, adequado ao sistema de fiscalização da constitucionalidade, vale tanto em sede de fiscalização abstracta, como em sede de fiscalização concreta (Cfr. Ac 150/86, *op. cit.*, p. 287 e 296).

tivos propriamente ditos (sem carácter normativo), assim como os actos políticos ou actos de governo, em sentido estrito.

No entanto, existem actos (submetidos a controlo de inconstitucionalidade) de contornos jurídicos incertos cujo controlo pelos tribunais suscita e pode suscitar algumas perplexidades: é o caso, por exemplo, dos regulamentos arbitrais, dos tratados-contrato internacionais, dos regulamentos de disciplina de associações desportivas e das convenções colectivas de trabalho⁶⁴. Daí que a jurisprudência constitucional tenha sentido a necessidade de elaborar, progressivamente, critérios adicionais⁶⁵ para saber se estamos ou não perante uma norma susceptível de fiscalização da constitucionalidade. Deste modo, podemos dizer que temos assim quatro critérios: (i) o critério da normatividade (segundo o qual só actos de criação normativa, por oposição a actos de aplicação normativa, são controlados em sede de fiscalização da constitucionalidade do Tribunal); (ii) o critério da imediação (a necessidade de violação directa das disposições da Constituição)⁶⁶; (iii) o critério da heteronomia (acto normativo dotado de vinculatividade e independente da vontade daqueles a quem se dirige)⁶⁷; e (iii) o critério do reconhecimento estatal (*“reconhecimento jurídico-político da força vinculativa heterónoma dos actos normativos, capaz de os impor a terceiros ou a destinatários não participantes no seu processo formativo”*)⁶⁸.

IV. No que se refere aos critérios mencionados, o Tribunal Constitucional entendeu que o *“requisito do exercício de um poder normativo público, esclarecido através dos critérios da heteronomia e do reconhecimento estatal, afastou do âmbito material da justiça constitucional as «normas de natureza privada»,*

⁶⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, *op. cit.*, p. 933.

⁶⁵ Para mais desenvolvimentos sobre estes critérios adicionais, veja-se a declaração de voto de JOSÉ DE SOUSA E BRITO do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 172/93, de 10 de Fevereiro de 1993, *in* “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, 24.º Volume, 1993, pp. 458 a 476 e GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, *op. cit.*, pp. 933 a 935 – autores aqui seguidos muito de perto.

⁶⁶ A elaboração deste critério ficou-se sobretudo a dever aos Acórdãos do TC n.ºs 26/85 e 150/86 (*op. cit.*). Veja-se ainda o Acórdão n.º 266/92, de 14 de Julho de 1992, *in* “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, 22.º Volume, 1992, pp. 783 a 797.

⁶⁷ Quanto à formulação deste critério vejam-se os Acórdãos do TC n.ºs 156/88, de 29 de Junho de 1988, (*in* “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, 11.º Volume, 1988, pp. 1057 a 1062) e 472/89, de 12 de Julho de 1989 (*in* “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, 14.º Volume, 1989, pp. 7 a 40).

⁶⁸ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 358. Veja-se ainda os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 150/86 (*op. cit.*) e 168/88, 13 de Julho de 1988 (*in* “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, 12.º Volume, 1988, pp. 173 a 238).

«normas provenientes da autonomia privada», «actos normativos privados» ou os regulamentos e regras colectivas de carácter «privado», independentemente da respectiva fonte orgânica assumir a qualidade ou a qualificação de entidade pública ou privada⁶⁹. Deste modo, a questão que agora concretamente se coloca, e se deve colocar, é a de saber se o Tribunal Constitucional tem a possibilidade, ou mesmo o dever, de cognição da inconstitucionalidade de normas geradas no âmbito da autonomia privada e proveniente de poderes normativos privados. Caso, por exemplo, dos regulamentos de arbitragem e das convenções arbitrais.

O primeiro ponto que cumpre aqui salientar é o de que a própria letra dos artigos 277.º, n.º 1, 280.º e 281.º da CRP, não restringe o objecto de fiscalização da constitucionalidade às normas jurídico-públicas. De facto, a Constituição, ao referir-se sempre a “normas”, sem as qualificar, parece atribuir ao Tribunal Constitucional o conhecimento de todas as questões que envolvam quaisquer normas jurídicas vigentes no nosso ordenamento – e daí a dúvida.

De todo o modo, importa desde já advertir que não se pode, evidentemente, sustentar que o Tribunal Constitucional possa conhecer de regras de conduta ou padrões de comportamento que, através de negócios jurídicos baseados na vontade dos interessados ou que pressuponham o seu consentimento, tenham sido auto-estipulados – e isto independentemente de violarem directamente a CRP⁷⁰. De facto, a esfera privada constitui um domínio próprio dos cidadãos. Domínio este cujas relações se caracterizam pelos princípios da liberdade e da igualdade e não por laços de subordinação como os que se verificam e respeitam ao universo público. É, aliás, desta própria liberdade inerente aos particulares que se extrai a própria noção de autonomia privada⁷¹.

Deste modo, entende o Professor Vieira de Andrade ter de se exigir a nota (*supra* aludida) da heteronomia. Nota esta que só se cumpre quando a norma em causa se impõe contra ou independentemente da vontade das pessoas a quem se dirige concretamente. No entanto, deve-se ainda questionar se, para efeitos do controlo da constitucionalidade, a heteronomia tem de estar ligada ao exercício de poderes e à realização de fins públicos, excluindo as normas produzidas por particulares, ou se as normas provenientes de entidades privadas só podem ser objecto de fiscalização da constitucionalidade quando forem emitidas no contexto do exercício da função administrativa e de pode-

⁶⁹ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 359, citando os acórdãos n.ºs 156/88, *op. cit.*, e 472/89, *op. cit.*.

⁷⁰ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 359.

⁷¹ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, p. 422.

res públicos atribuídos por concessão ou delegação, ou seja, quando ocorra o reconhecimento estadual das entidades privadas como titulares de poderes normativos públicos. O grande problema advém aqui do facto de a fronteira entre o “público” e o “privado” ser cada vez menos nítida, isto em face da cada vez maior interpenetração do Estado e da Sociedade. Aliás, no que se refere à própria aplicação da Constituição, essa fronteira nem sequer existe, já que a *“força normativa das normas e princípios constitucionais, em especial das normas relativas aos direitos, liberdades e garantias, irradia para toda a vida social, estendendo-se às relações jurídicas privadas”*.⁷²

Esta questão é, efectivamente, complexa e delicada, sobretudo se tivermos em consideração não só o fenómeno, cada vez maior, de fragmentação do Direito Administrativo e da privatização de poderes normativos públicos, mas também a situação, progressivamente mais corrente, do próprio exercício de funções públicas por entidades privadas, constituídas ou regidas, por sua vez, pelo direito privado, civil ou comercial⁷³.

Daí que, tendo em conta que o próprio objectivo da função de controlo normativo pelo Tribunal Constitucional é assegurar a conformidade da Constituição com a ordem jurídica estadual, possa (e deva) questionar-se porque é que esse controlo se há-de limitar aos actos que forem praticados no exercício de um poder normativo público, excluindo aqueles que forem praticados no exercício de um poder normativo privado, sobretudo quando tais normas forem reconhecidas no ordenamento jurídico objectivo, obtendo sanção estadual. Com efeito, ao excluir da fiscalização da constitucionalidade uma norma heterónoma que ofenda de forma imediata a Constituição, o Tribunal Constitucional poderá estar a incorrer em denegação da justiça. Daí que, não aceitando a tendência restritiva que se tem manifestado na jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional, o Professor Vieira de Andrade defenda, para efeitos de fiscalização de constitucionalidade, que o conceito de norma deverá *“abranger, em princípio, quaisquer normas jurídicas vinculativas, acentuando o elemento da heteronomia, mas limitando o critério do reconhecimento público, que deveria bastar-se com a averiguação da pertença ou do reconhecimento da norma pelo ordenamento jurídico vigente, não sendo indispensável o exercício de um poder normativo público”*. Deste modo, e *“por maioria de razão, devem continuar a ser tidos como «normas», para fins de fiscalização da constitui-*

⁷² Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 359 a 361.

⁷³ Cfr. LICÍNIO LOPES MARTINS, *op. cit.*, p. 615. Sobre o ponto, desenvolvidamente, pode ver-se MARIA JOÃO ESTORNINHO, “A Fuga para o Direito Privado”, Almedina, Coimbra, 1996. Para uma perspectiva geral, cfr. CARLOS MOTA PINTO, “Teoria Geral do Direito Civil”, 4.^a edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, 2005, pp. 42 e ss..

*dade, aqueles actos normativos privados que, embora não sejam praticados ao abrigo de uma delegação ou de uma concessão formal de poderes públicos, visam a satisfação de interesses públicos e obtêm do ordenamento jurídico estadual (...) um reconhecimento que lhes confere um carácter, diríamos agora, quase público ou semi-público*⁷⁴.

No mesmo sentido vai o Professor Carlos Blanco de Moraes ao afirmar que existem situações em que “*entes privados, no desempenho de funções públicas, editam numa posição supra-ordenada sobre terceiros, normas jurídicas dotadas de eficácia externa*”. Ora, sendo assim, “*encontram-se presentes os dois pressupostos fundamentais que estribam o sentido funcional de norma jurídico-pública, para efeito da sua submissão ao sistema de fiscalização*”.⁷⁵

V. Face ao exposto, e no que toca a esta possibilidade de fiscalização de normas jurídicas privadas pelo Tribunal Constitucional, poder-se-ão considerar, para este efeito, pergunta-se, os regulamentos de arbitragem e as próprias convenções de arbitragem “normas”?

Importa distinguir. Quanto à primeira figura, há que considerar, muito brevemente, que a arbitragem voluntária pode ser “ad hoc” ou institucionalizada. Ora, quer no âmbito da primeira (em que temos um processo inteiramente estabelecido para uma determinada situação concreta), quer no âmbito da segunda (organizada por centros permanentes e à qual a maior parte dos litígios emergentes do comércio internacional são submetidos), surge-nos a figura dos regulamentos de arbitragem.

⁷⁴ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 361 a 363.

⁷⁵ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, p. 427. A este respeito, veja-se ainda LICÍNIO LOPES MARTINS, *op. cit.*, p. 615 e 616. Não podemos deixar de alertar, porém, que existem também Autores que, expressamente, se pronunciam contra a possibilidade de fiscalização da constitucionalidade de normas “privadas” pelo Tribunal Constitucional. É o caso, por exemplo, do Professor Cardoso da Costa que, para efeitos dos artigos 280.º e 281.º da CRP, entende que se excluem as “normas «privadas», por um lado, e, por outro, os actos públicos puramente «aplicativos» de tais proposições (como as decisões judiciais e os actos administrativos propriamente ditos) bem como os «actos políticos»”. Cardoso da Costa não deixa, todavia, de advertir para a discussão que se tem vindo a fazer na jurisprudência, relativamente à questão da eventual natureza “pública” ou “privada” de uma norma (Cfr. JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, *op. cit.*, pp. 32 a 36). Neste sentido veja-se, ainda, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, *op. cit.*, pp. 939, 944 a 945 e 988, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, *op. cit.*, p. 260, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, *op. cit.*, pp. 712 e 713, FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *op. cit.*, pp. 359 e 360. Relativamente à jurisprudência, merecem destaque os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 156/88 (*op. cit.*), 472/89 (*op. cit.*), 730/95, de 14 de Dezembro, in “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, 32.º Volume, 1995, pp. 255 a 291.

A fiscalização da constitucionalidade de regulamentos de arbitragem já foi, de resto, analisada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 150/86⁷⁶, onde se considerou que as regras constantes de uma “determinação”⁷⁷ (em que se fixaram os termos a seguir no processo) editada por uma comissão arbitral constituíam normas, para os efeitos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 280.º da CRP. Este acórdão considerou também expressamente que os “*os preceitos susceptíveis de serem objecto de fiscalização concreta da constitucionalidade não têm de ser editados sob a forma de acto legislativo ou no exercício de um poder regulamentar. O que importa verificar é se tais preceitos têm como parâmetro de validade imediata a lei ou a Constituição, pois que neste último caso nada justifica que o seu exame escape ao controlo específico da constitucionalidade*”. Deste modo, é “*em função dos objectivos constitucionalmente subjacentes à instituição do recurso para o Tribunal Constitucional, da sua finalidade, da sua concreta razão de ser, que se há-de apurar qual o conceito de norma, para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição*”⁷⁸.

Considerou ainda o Acórdão 150/86 que, no caso concreto que estava a ser analisado, os preceitos constantes da aludida “determinação” não se traduziam na mera aplicação, execução ou simples utilização de normas, antes continham verdadeiras regras de conduta para as partes e para a própria comissão arbitral ou fixavam critérios de decisão para esta última. Ou seja, aquela “determinação”, no fundo, constituía um “*autêntico mini-código de Processo, aplicável ao caso concreto*”, sendo que, “*ao definir os termos do processo, a comissão arbitral não estava a dizer o direito aplicável ao caso concreto, antes estava, na verdade, a criar esse direito*”⁷⁹.

De todo o modo, o Acórdão 150/86 ressalva que, mesmo que se admita que todos os actos normativos privados estão subtraídos à fiscalização da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, sempre se haveria de reconhecer que a “determinação” que estava em causa não era uma manifestação da autonomia privada e que “*os tribunais arbitrais exercem poderes soberanos*”⁸⁰.

⁷⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 150/86, de 30 de Abril, *op. cit.*.

⁷⁷ Embora as partes tenham usado a designação de “determinação”, no fundo tratava-se de um regulamento de arbitragem.

⁷⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 150/86, de 30 de Abril, *op. cit.*, pp. 287, 288 e 296.

⁷⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 150/86, de 30 de Abril, *op. cit.*, pp. 297 e 198.

⁸⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 150/86, de 30 de Abril, *op. cit.*, pp. 288 e 299. Veja-se também o mesmo acórdão in <http://www.dgsi.pt/> (de notar, porém, que a parte final do mesmo está diferente, aí se dizendo que os tribunais arbitrais “*desempenham uma função pública*”).

VI. Além de expressamente admitida pela jurisprudência constitucional (nomeadamente, como vimos, pelo mencionado Acórdão n.º 150/86), a possibilidade de os regulamentos de arbitragem serem objecto de controlo jurisdicional, por parte do Tribunal Constitucional, é também admitida por alguns autores nacionais. Desde logo, Carlos Blanco de Moraes não deixa de notar que, sintomaticamente, a jurisprudência constitucional (caso, por exemplo, do Acórdão n.º 172/93, *cit.*, e mais recentemente, do Acórdão n.º 224/2005⁸¹) “admite que o poder de cognição do Tribunal Constitucional possa abranger manifestações normativas decorrentes da atribuição de poderes ou funções públicas de autoridade a entidades privadas”, exemplificando de seguida com o caso, “embora não sem controvérsia, de certas decisões de algumas jurisdições arbitrais que criem novatoriamente Direito «*in casu*», sem subordinação à vontade das partes, e determinem a sua aplicação através de um acto de autoridade soberano”, fazendo uma referência expressa ao, por nós já analisado, Acórdão n.º 150/86.⁸²

Licínio Lopes Martins vai no mesmo sentido, entendendo que, paralelamente aos actos normativos de valor ou natureza regulamentar ou equiparada e independentemente da sua forma, emitidos pelos órgãos da Administração Pública Central, pela Administração Indirecta do Estado, pela Administração Regional, pela Administração Autónoma e os regulamentos da Administração Independente, também se deve entender que estão sujeitos a controlo pelo Tribunal Constitucional os regulamentos de arbitragem, ou seja, os actos normativos emitidos por tribunais arbitrais (desde que o parâmetro de controlo imediato seja a Constituição).⁸³

Na mesma linha vão, aliás, Gomes Canotilho e Vital Moreira⁸⁴, que também defendem que as “*normas processuais adoptadas pelos próprios tribunais arbitrais (cfr. Ac. do TC n.º 150/86)*” devem estar sujeitas a “*controlo da constitucionalidade como qualquer outra norma*”.

VII. Ora, contendo os regulamentos de arbitragem, aparentemente, normas jurídico-privadas, poder-se-á, assim, recorrer de uma decisão arbitral tomada com base num regulamento de arbitragem?

⁸¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 224/2005, de 27 de Abril, *in* DR, II Série, de 19/07/2006.

⁸² Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, pp. 427 e 429.

⁸³ Cfr. LICÍNIO LOPES MARTINS, *op. cit.*, pp. 611 e 612.

⁸⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, *op. cit.*, p. 252 e “Constituição da República Portuguesa Anotada”, *op. cit.*, p. 985.

De acordo com a posição da jurisprudência constitucional e da doutrina atrás mencionada, parece-nos que sim. Efectivamente, seguindo de perto a posição de Vieira de Andrade e de Blanco de Moraes, entendemos que, para efeitos de fiscalização da constitucionalidade, devem ser tidos como “normas” os actos normativos privados que (i) visam a satisfação de interesses públicos, (ii) emitam normas jurídicas dotadas de eficácia externa e autoridade, numa posição supra-ordenada sobre terceiros e sem subordinação à vontade das partes, e (iii) obtenham um reconhecimento estadual que lhes confere um carácter quase público ou semi-público (isto não obstante não serem praticados no âmbito de uma delegação ou de uma concessão formal de poderes públicos), pelo que propendemos para admitir o recurso de decisões arbitrais tomadas com base num regulamento de arbitragem.

VII. Posto isto, importa passarmos à segunda questão. Não está agora em causa saber se podemos recorrer para o Tribunal Constitucional de uma decisão arbitral tomada com base em normas jurídico-públicas ou jurídico-privadas. A questão que surge agora é a de saber se se podem considerar as próprias convenções de arbitragem “normas”, para efeitos de controlo da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional. Será tal hipótese viável?

A convenção de arbitragem, acordo das partes em submeter a arbitragem a resolução de um ou mais litígios determinados ou determináveis, pode ser limitada pelas partes a este conteúdo essencial ou incluir outros elementos (por exemplo, no caso de uma arbitragem “ad hoc”, será conveniente que as partes regulem alguns aspectos da arbitragem, nomeadamente a fixação da sede e a constituição do tribunal arbitral)⁸⁵. O legislador português permite, aliás, que, para além das questões de natureza contenciosa em sentido estrito, as partes possam acordar em considerar abrangidas no conceito de litígio quaisquer outras – designadamente, as relacionadas com a necessidade de precisar, completar, actualizar ou mesmo rever os contratos ou as relações jurídicas que estão na origem da convenção de arbitragem (artigo 1.º, n.º 3 da LAV).

Por sua vez, esta figura da convenção de arbitragem tanto pode ter por objecto um litígio actual, ainda que se encontre afecto a tribunal judicial (estaremos então perante um compromisso arbitral), como litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (falamos, nesse caso, de cláusula compromissória)⁸⁶.

⁸⁵ *Cfr.* LUIS DE LIMA PINHEIRO, “Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem”, *op. cit.*, pp. 83, 85 e 86.

⁸⁶ Artigo 1.º, n.º 2 da LAV.

VIII. Ora, concretamente, vamos supor que num determinado litígio submetido a arbitragem, e já depois de regularmente constituído o tribunal arbitral, a convenção de arbitragem contém, segundo uma das partes, uma “norma” (e não uma cláusula) inconstitucional. Essa mesma parte suscita a questão da inconstitucionalidade da referida “norma” perante o tribunal arbitral, já no decorrer do respectivo processo arbitral, mas o tribunal decide aplicando e considerando válida a “norma” em causa. Numa situação destas, poderá a parte, que suscitou a questão de inconstitucionalidade, recorrer agora para o Tribunal Constitucional, com base na alegada inconstitucionalidade da “norma” que estaria presente na convenção de arbitragem? Por outras palavras, será possível o recurso, para o Tribunal Constitucional, de uma decisão arbitral tomada com base numa cláusula de um contrato, *rectius* de uma convenção de arbitragem?

À primeira vista, dir-se-ia que não. Dir-se-ia, desde logo, que as convenções de arbitragem não contêm normas, mas sim cláusulas. Daí que Carlos Blanco de Moraes considere “*polémica*” a submissão ao sistema de fiscalização do compromisso arbitral, *acto de natureza privada*⁸⁷. É que se concluirmos que são cláusulas, então, em princípio, parece que essa decisão não seria susceptível de recurso para o Tribunal Constitucional... que só fiscaliza normas. Podemos é, no entanto – e esse é o problema que agora tratamos –, suscitar a questão se saber se as convenções de arbitragem não conterão ditames com eficácia normativa e, como tal, sujeitas à fiscalização do Tribunal Constitucional. Esta é, *mutatis mutandis*, a opinião de Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao argumentarem que, “*servindo as cláusulas compromissórias e os compromissos arbitrais (...) como normas ou padrões de comportamento dos árbitros e do desenvolvimento do processo, devem por isso estar também sujeitos a controlo da constitucionalidade como qualquer outra norma*”⁸⁸.

Jorge Miranda e Rui Medeiros parecem perfilhar também a mesma posição, já que entendem que, “*porventura, ainda, são igualmente fiscalizáveis os compromissos arbitrais, enquanto condicionantes das decisões dos tribunais arbitrais – tribunais previstos na Constituição*”⁸⁹.

Embora a questão seja muito duvidosa, admitimos que, na medida em que a convenção de arbitragem contenha efectivamente ditames com eficácia normativa que se dirijam aos árbitros, condicionando as deci-

⁸⁷ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, p. 429.

⁸⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, *op. cit.*, p. 252 e “Constituição da República Portuguesa Anotada”, *op. cit.*, p. 985.

⁸⁹ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, *op. cit.*, p. 711 e JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo VI, *op. cit.*, p. 162.

sões dos tribunais, se possa equacionar o recurso, para o Tribunal Constitucional, de uma decisão arbitral tomada com base numa convenção de arbitragem⁹⁰.

d) **Tipos de decisões recorríveis – recurso de decisão final e de decisão interlocutória?**

I. Admitido que foi o recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional, importa agora saber, porém, que tipo de decisão poderá estar aqui em causa. Só decisões finais⁹¹? Ou também decisões interlocutórias?

Nos termos do artigo 29.º, n.º 1, da LAV, “*se as partes não tiverem renunciado aos recursos, da decisão arbitral cabem para o tribunal da Relação os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal de comarca*”. A questão que de imediato se coloca, e se deve colocar, é a de saber qual o alcance da expressão “decisão arbitral”, a que a lei faz referência. O teor literal do preceito mencionado (pouco rigoroso, pouco claro e impreciso) de facto não ajuda. O mesmo se diga dos artigos 19.º a 26.º da LAV – artigos que, concretamente, se reportam ao capítulo da LAV sobre a decisão arbitral.

II. A primeira impressão que temos, (i) quer do artigo 29.º (em que parece haver uma equiparação da decisão arbitral à “sentença”), (ii) quer dos referidos artigos 19.º a 26.º (em que a fórmula decisão arbitral surge, as mais das vezes, usada no sentido de decisão final), (iii) quer, por fim, do artigo 27.º, n.º 1 (que se refere expressamente a “sentença arbitral”), é a de que o legislador se refere, especificamente, à decisão final do litígio. O legislador terá, assim, querido limitar o regime dos recursos à decisão final que vier a ser proferida pelos árbitros.

⁹⁰ Nem se diga que uma posição destas contraria as características da generalidade e abstracção próprias da norma jurídica. Como contraponto, basta lembrar, aliás, que isso também se pode verificar a propósito das chamadas “leis-medida”, “leis-providência”, “leis-provisão”, ou “leis individuais”, sem que isso lhes retire a sua qualidade normativa. *Cfr.*, a propósito, CARLOS MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 79 a 81.

⁹¹ Por “decisão final” entendemos aqui a decisão que se pronuncia sobre o objecto do litígio de modo definitivo ou que extingue a instância sem conhecer de mérito. Deste modo, convém advertir que não se trata necessariamente de uma decisão que põe termo ao processo, já que se pode tratar de uma sentença parcial – *Cfr.* LUIS DE LIMA PINHEIRO, “Apontamento sobre a Impugnação da Decisão Arbitral”, *op. cit.*, e “Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem”, *op. cit.*, p. 175.

Neste sentido, também Lima Pinheiro entende que o Capítulo V da LAV (impugnação da decisão arbitral) só se refere às decisões finais⁹². Igual entendimento é defendido por Jorge Miranda e Rui Medeiros, que consideram que as decisões recorríveis (ainda que não ponham termo à causa) devem ser decisões definitivas. Deste modo, segundo os últimos Autores, só se deve admitir recurso para o Tribunal Constitucional das decisões que já não sejam susceptíveis de ser reapreciadas na ordem jurisdicional de que provêm.⁹³

Porém, face ao artigo 23.º e ao artigo 24.º, n.º 1, também da LAV, podem levantar-se algumas dúvidas. Ao fixar o conteúdo da decisão, o artigo 23.º, n.º 1, refere-se expressamente a “decisão final”, quando, a nosso ver, não havia necessidade para tal. Fica assim a ideia de que o capítulo da decisão arbitral da LAV (artigos 19.º a 26.º) não se ocupa apenas da decisão final, valendo para outras decisões igualmente emitidas pelo tribunal arbitral, ao longo do processo⁹⁴.

Por outro lado, nos termos do n.º 4 do artigo 21.º da LAV, “a decisão pela qual o tribunal arbitral se declara competente só pode ser apreciada pelo tribunal judicial depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa e pelos meios especificados nos artigos 27.º e 31.º” – artigos 27.º e 31.º que se referem, respectivamente, à anulação da decisão arbitral e à oposição da execução da decisão arbitral (deixando assim de fora o regime dos recursos, consagrado no artigo 29.º). Ora, segundo Carvalho Fernandes, usando um argumento *a contrario*, pode ser sustentado que este preceito admite que a decisão que julgue o próprio tribunal arbitral incompetente é recorrível, nos termos gerais do processo.

Daí que este mesmo Professor entenda, face à imprecisão dos artigos mencionados da LAV a este respeito, e atendendo ao facto de a própria lei não atribuir, como regime geral, carácter definitivo à decisão arbitral, que não há motivos para distinguir entre decisão final e decisão interlocutória, ou seja, sobre o tipo de decisão de que, concretamente, se trata.⁹⁵

III. A questão é realmente duvidosa, merecendo uma melhor e ulterior reflexão – embora no artigo 29.º, n.º 1, da LAV pareça, efectivamente, haver clara equiparação da decisão arbitral à sentença.

⁹² Cfr. LUIS DE LIMA PINHEIRO, “Apontamento sobre a Impugnação da Decisão Arbitral”, *op. cit.* e “Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem”, *op. cit.*, p. 176.

⁹³ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, *op. cit.*, p. 765.

⁹⁴ Neste sentido, veja-se LUIS CARVALHO FERNANDES, “Dos Recursos em Processo Arbitral”, *cit.*, p. 151.

⁹⁵ Cfr. LUIS CARVALHO FERNANDES, *op. cit.*, p. 152.

e) Da tramitação do recurso

Outra questão, igualmente relevante, diz respeito ao modo de interposição do recurso e à tramitação do mesmo.⁹⁶

Esta questão torna-se interessante já que, nos termos do artigo 684.º-B, do Código de Processo Civil (CPC), os recursos interpõem-se por meio de *requerimento dirigido ao tribunal que proferiu a decisão recorrida*. Ora, importa lembrar que, face ao artigo 25.º da LAV, “o poder jurisdicional dos árbitros finda com a notificação do depósito da decisão que pôs termo ao litígio ou, quando tal depósito seja dispensado, com a notificação da decisão às partes”.

De imediato nos surge, de novo, a necessidade de distinguir entre as decisões interlocutórias e as decisões finais. Com efeito, o problema não se põe, parece-nos, se estiver em causa apenas uma decisão interlocutória – o poder jurisdicional do tribunal arbitral não estará esgotado. Porém, “quid iuris” se estivermos perante uma decisão final?

À luz do mencionado artigo 25.º da LAV, os árbitros parece que deixam de poder intervir no processo, deixando o próprio tribunal arbitral de existir. Pelo que teremos aqui um problema.

De todo o modo, importa ter em atenção que, também nos termos do artigo 666.º do CPC, se dispõe que, “*proferida a sentença, fica imediatamente esgotado o poder jurisdicional do juiz quanto à matéria da causa*”. Sem dúvida que o artigo 25.º da LAV não ressalva, como o faz o n.º 2 deste artigo 666.º, a possibilidade de o juiz rectificar erros materiais, suprir nulidades, esclarecer dúvidas existentes na sentença e reformá-la. Mas, mesmo assim, não encontramos razões para que tais actos sejam vedados aos árbitros, tendo a sua decisão de subsistir com erros ou imprecisões que, possivelmente, se podem apenas dever a simples lapsos⁹⁷.

Além do mais, importa lembrar que o “*esgotamento do poder jurisdicional do juiz quanto à matéria da causa significa que, lavrada e incorporada nos autos a sentença, o juiz já não pode alterar a decisão da causa, nem modificar os fundamentos dela. Respeitado, porém, esse núcleo fundamental do pronunciamento do tribunal sobre as pretensões das partes, o juiz mantém ainda o exercício do poder jurisdicional para a resolução de algumas questões marginais, acessórias ou secundárias que a sentença pode suscitar entre as partes*”.⁹⁸

⁹⁶ Sobre esta matéria veja-se LUIS CARVALHO FERNANDES, *op. cit.*, p. 160 a 163, aqui seguido muito de perto.

⁹⁷ *Cfr.* LUIS CARVALHO FERNANDES, *op. cit.*, p. 161.

⁹⁸ *Cfr.* ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO NORA, “Manual de Processo Civil”, 2.ª ed., ver. e aum., Coimbra Editora, 1985, p. 684.

Visto que nenhuma destas questões, marginais, acessórias ou secundárias parece interferir com o poder jurisdicional, e desde que assim seja, pode sustentar-se que os árbitros são competentes para praticar qualquer dos actos referidos⁹⁹, e, eventualmente, que são também competentes para proferirem uma decisão sobre o requerimento de interposição do recurso, mantendo-se o tribunal assim em funções para os referidos fins.¹⁰⁰

Paula Costa e Silva tem, porém, uma opinião diferente. Embora a mencionada Autora entenda que nem sempre se assiste a uma extinção do tribunal com o proferimento da decisão¹⁰¹, a única alternativa que concebe, para a situação que estamos aqui a tratar, é a da interposição do recurso, “já não na secretaria do tribunal que proferiu a decisão recorrida, mas sim na secretaria do tribunal competente para conhecer do recurso”¹⁰². Resta, porém, saber que tribunal é este. Com efeito, o artigo 88.º do Código de Processo Civil, ao dispor que “os recursos devem ser interpostos para o tribunal a que está hierarquicamente subordinado aquele de que se recorre”, não ajuda. Desde logo, por não se poder afirmar que o Tribunal da Relação é hierarquicamente competente para conhecer dos recursos interpostos do tribunal arbitral, já que este se não lhe encontra subordinado. A única solução, segundo a referida Autora, é partir assim do pressuposto de que “o tribunal arbitral conhece de uma causa tal como se fosse uma 1.ª Instância judicial, sendo possível entender que os recursos das suas decisões devam ser interpostos para a «competente Relação»”¹⁰³.

f) Da ausência do Ministério Público nos tribunais arbitrais

I. Por fim, e na sequência da posição que tomámos relativamente à recorribilidade de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional, impõe-se-nos ainda abordar uma outra questão, desta vez respeitante ao objecto do recurso de constitucionalidade e ao tipo de decisões recorríveis.

⁹⁹ No seguimento da mesma argumentação, Carvalho Fernandes defende, igualmente, deverem também as alegações ser apresentadas perante o tribunal arbitral (*op. cit.*, pp. 162 e 163).

¹⁰⁰ Em sentido contrário ao que apresentámos aqui (segundo de perto o entendimento do Professor Carvalho Fernandes), veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Dezembro de 2002 (*in* “Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça”, Ano X, 2002, Tomo III, pp. 152 e ss.).

¹⁰¹ *Cfr.* PAULA COSTA E SILVA, “Os Meios de Impugnação de Decisões Proferidas em Arbitragem Voluntária no Direito Interno Português”, *op. cit.*, p. 994.

¹⁰² *Cfr.* PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *op. cit.*, pp. 996 a 998; ver também pp. 994 e 995.

¹⁰³ Autora e *op. cit.*, p. 997.

Do artigo 280.º da CRP podemos extrair três tipos de decisões recorríveis: (i) as *decisões positivas de inconstitucionalidade ou decisões de acolhimento*, ou seja, quando o tribunal recusa a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade (artigos 280.º, n.º 1, a), n.º 2, alíneas a) a c) e n.º 3 CRP e 70.º, n.º 1, alíneas a) e i) LTC); (ii) as *decisões negativas de inconstitucionalidade ou decisões de rejeição*, isto é, quando o tribunal aplica uma norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade qualificada haja sido suscitada durante o processo (artigo 280.º, n.º 1, alínea b), n.º 2, alínea d), e n.º 4 CRP); e (iii) as decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional (artigo 280.º, n.º 5, CRP).

Por sua vez, quanto à legitimidade para recorrer, encontramos, nos termos do artigo 72.º, n.º 1, LTC, de um lado, os interessados, ou seja, as “*peçoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recurso*”¹⁰⁴ e, do outro lado, o Ministério Público.

II. Concretamente, interessam-nos aqui as decisões positivas de inconstitucionalidade, assim como as previstas no n.º 5 do artigo 280.º¹⁰⁵.

E interessam-nos porque, ao contrário do que sucede com os interessados, o Ministério Público é obrigado a recorrer, (i) quando a norma, cuja aplicação tiver sido recusada, constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar (artigo 280.º, n.º 3 da CRP e artigo 72.º, n.º 3 da LTC) e (ii) daquelas decisões dos tribunais que tenham aplicado uma norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional (artigo 280.º, n.º 5, CRP).

Ora, esta questão não deixa de ser interessante, já que nos tribunais arbitrais não temos Ministério Público.

Há que ter em conta este facto. Não havendo Ministério Público, *a priori* parece-nos que terá de ser só a parte interessada a promover o respectivo recurso – em virtude de, tirando o Ministério Público, ser a única que tem legitimidade para tal.

¹⁰⁴ Deve assumir-se aqui um conceito amplo de parte. “Parte”, não se identifica aqui necessariamente com a parte vencida (Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, *op. cit.*, pp 745 e 746).

¹⁰⁵ Sobre este tema, vejam-se, nomeadamente, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, *op. cit.*, pp. 745 a 753 e 118 e FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *op. cit.*, pp. 355 a 361.

Porém, poder-se-á ainda defender, como o faz Jorge Miranda e Rui Medeiros, que, nestas situações, a imposição constitucional que recai sobre o Ministério Público se mantém, mesmo que as partes tenham renunciado aos recursos (dado não terem estas a possibilidade de subtrair a sentença arbitral ao regime de garantia da Constituição). Deste modo, poder-se-á sustentar que, nestas situações, o presidente do tribunal arbitral deverá ordenar que o Ministério Público do tribunal da comarca seja notificado da sentença arbitral, para os efeitos tidos por convenientes.¹⁰⁶

g) Do recurso para o Tribunal Constitucional numa arbitragem internacional

Outra questão se pode ainda colocar: “quid iuris” se estivermos no âmbito de uma arbitragem internacional? Poder-se-á recorrer ao Tribunal Constitucional, apesar de as partes serem estrangeiras e só o foro decorrer em Portugal, não sendo sequer o contrato executado no nosso país?

Parece-nos que se poderá recorrer ao Tribunal Constitucional se for aplicável o direito português, à frente do qual está, como se sabe, a Constituição da República Portuguesa. Mas é este também um problema a justificar um ulterior desenvolvimento e ponderação.

4. CONCLUSÃO

Face ao exposto, e procurando agora reunir o essencial do tema objecto do presente estudo, cumpre realçar o seguinte.

A Constituição é a Lei Fundamental do Estado, a norma das normas, a *lex superior*, ou seja, a lei básica do país, devendo toda a ordem jurídica ser conforme com ela.

Ora, sendo o nosso sistema um sistema misto complexo, a fiscalização da constitucionalidade (imprescindível, já que a CRP deve ser estrita e rigorosamente respeitada) compete aos tribunais em geral e ao Tribunal Constitucional em especial, mas apenas no exercício da função jurisdicional.

Deste modo, e em ordem a compreendermos se das decisões dos tribunais arbitrais pode haver ou não recurso para o Tribunal Constitucional, a ques-

¹⁰⁶ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, *op. cit.*, p. 118.

tão que desde logo se deve colocar é a de saber se os tribunais arbitrais exercem a função jurisdicional e se se consideram verdadeiros tribunais (pese embora não sejam órgãos de soberania). Concluímos a este respeito que, à luz da Constituição, não existe um princípio de monopólio estadual da função jurisdicional, permitindo a nossa ordem jurídica que, em paralelo com os tribunais estaduais (função jurisdicional do Estado), existam tribunais arbitrais (actividade jurisdicional privada). Como foi dito, o árbitro não é um conciliador, não sendo a decisão arbitral uma transacção. Pelo contrário, o árbitro é um juiz, sendo a sua decisão uma sentença.

Em segundo lugar, importa ter em atenção que o nosso TC é concebido fundamentalmente como um órgão jurisdicional de controlo normativo – só as normas são objecto de fiscalização judicial. O verdadeiro cerne da questão é tentar perceber qual o conceito de norma a que o legislador faz referência nos artigos 277.º e seguintes da Constituição – este conceito de norma assume, efectivamente, uma importância estratégica quanto ao alcance do nosso tema. Na verdade, tendo em conta que o TC apenas apreciará a norma com base na qual a decisão arbitral foi tomada, é crucial saber que tipo de norma poderá ser essa.

Temos de diferenciar três tipos de situações. Assim, podemos ter (i) uma decisão arbitral tomada com base em normas jurídico-públicas, (ii) uma decisão arbitral tomada com base em normas jurídico-privadas (regulamentos de arbitragem) e, finalmente, (iii) uma decisão arbitral tomada com base numa cláusula (convenções de arbitragem).

Será possível recorrer destas três decisões arbitrais?

A primeira hipótese não apresenta nenhuma particularidade, cabendo, efectivamente, recurso para o Tribunal Constitucional de uma decisão arbitral que recuse a aplicação de uma norma (jurídico-pública) com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique uma norma (jurídico-pública) cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

Porém, e se a inconstitucionalidade da norma, com base na qual a decisão arbitral foi tomada, for um regulamento de arbitragem? Caberá também recurso para o Tribunal Constitucional? Embora haja quem entenda que as normas jurídico-privadas se excluem da fiscalização da constitucionalidade, parece-nos que a resposta à questão que levantámos é afirmativa, isto face ao conceito de norma que adoptámos no presente estudo e que está em consonância com o entendimento da doutrina e jurisprudência, que também admitem expressamente esta possibilidade.

Mais difícil e complexa se afigura a terceira hipótese, já que se pode afirmar que, verdadeiramente, uma convenção de arbitragem não contém normas mas sim cláusulas. Porém, se a mesma tiver ditames com eficácia

normativa, que se dirijam aos árbitros e que condicionem a decisão do tribunal arbitral, talvez se possa defender que a convenção de arbitragem também estará sujeita à fiscalização do Tribunal Constitucional – entendimento este que, como vimos, também encontra apoio na doutrina.

Por fim, e relativamente ao objecto do nosso tema, ainda foram levantadas mais algumas questões com ele relacionadas. Nomeadamente, (i) a questão de saber se se pode recorrer só de uma decisão final ou, também, de uma decisão interlocutória; (ii) a questão relativa à tramitação do recurso, atendendo, face ao artigo 25.º da LAV, à extinção do poder jurisdicional dos árbitros; (iii) a particularidade respeitante à ausência do Ministério Público dos tribunais arbitrais; (iv) e, finalmente, a questão da possibilidade de se recorrer para o Tribunal Constitucional se estiver em causa uma arbitragem internacional.

Por último, e face às posições que defendemos aqui, cumpre dizer que somos sensíveis a que um excessivo liberalismo da impugnação da decisão arbitral, além de desprestigiar a arbitragem, possa pôr em causa o sucesso da arbitragem como meio alternativo de resolução jurisdicional de litígios. Além do mais, não se ignora que, muitas vezes, o Tribunal Constitucional é visto e utilizado como uma 4.ª instância de recurso.

De todo o modo, importa alertar que o recurso para o Tribunal Constitucional é uma solução eventual e residual, pelo que entendemos que o mesmo não constitui uma afronta insuportável ao carácter finalístico da arbitragem, nem às vantagens que ela encerra.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE – “A Fiscalização de «Normas Privadas» pelo Tribunal Constitucional”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 133.º (2001)
- “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007
- BRITO, MARIA HELENA – “Direito do Comércio Internacional”, Almedina, Coimbra, 2004
- CAMPOS, DIOGO LEITE/PINTO, CLÁUDIA SAAVEDRA – “Créditos Futuros, Titularização e Regime Fiscal”, Almedina, 2007
- CANARIS, CLAUS-WILHEIM – “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, tradução portuguesa de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina, Coimbra, 2003
- CANOTILHO, J. J. GOMES, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7.ª edição, Almedina, Coimbra
- “Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade”, DJAR, IV vol., 1991
- CANOTILHO, J. J. GOMES/MOREIRA, VITAL – “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.ª edição revista, Coimbra Editora, 1993
- “Constituição da República Portuguesa Anotada”, artigos 1.º a 107.º, vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007
- “Fundamentos da Constituição”, Coimbra Editora, 1991

- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – “A Decisão segundo a Equidade”, in *O Direito*, Ano 122.º, 1990, II (Abril-Junho)
- CORREIA, A. FERRER – “Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado”, Almedina, Coimbra, 1989
- CORREIA, FERNANDO ALVES, “A justiça constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e divergências”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 131.º, N.os 3891, 2892 e 3893
 – “Direito Constitucional – a Justiça Constitucional”, Almedina, Coimbra, 2001
- CORTEZ, FRANCISCO – “A arbitragem voluntária em Portugal: dos «ricos homens» aos tribunais privados (conclusão)”, in *O Direito*, Ano 124.º, 1992, IV (Outubro-Dezembro)
- COSTA, JOSÉ MANUEL CARDOSO DA – “A Jurisdição Constitucional em Portugal”, 3.ª edição revista e actualizada, Almedina, 2007
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO – “A Fuga para o Direito Privado”, Almedina, Coimbra, 1996
- FERNANDES, LUÍS CARVALHO – “Dos Recursos em Processo Arbitral”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003
- FERREIRA, FERNANDO AMÂNCIO – “Manual dos Recursos em Processo Civil”, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008
- FONSECA, GUILHERME – “Fiscalização concreta da Constitucionalidade e da Legalidade, breves noções”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XXXIII, Setembro-Dezembro 1984, pp. 455 a 463
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE – “Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Volume II, Almedina, 2002
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE/MENDES, ARMINDO RIBEIRO – “Código de Processo Civil Anotado”, vol. III, artigos 676.º a 943.º, Coimbra Editora, 2003
- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA – “Resolução Alternativa de Litígios – Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do seu ensino teórico e prático”, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2008
 – “A Causa de Pedir na Acção Declarativa”, Almedina, Coimbra, 2004
- MARTINS, LICÍNIO LOPES – “O Controlo de Normas na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* [N.º 2], vol. LXXV (1999)
- MEDEIROS, RUI – ver MIRANDA
 – “A Decisão de Inconstitucionalidade”, Universidade Católica Editora, 1999
- MENDES, ARMINDO RIBEIRO – ver FREITAS
 – “Os recursos no Código de Processo Civil revisto”, Lisboa: Lex, 1998
- MIRANDA, JORGE – “Manual de Direito Constitucional”, Tomo VI, Coimbra Editora, 2001
- MIRANDA, JORGE/MEDEIROS, RUI, “Constituição Portuguesa Anotada”, tomo III, Coimbra Editora, 2007
- MORAIS, CARLOS BLANCO DE – “Justiça Constitucional”, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2006
 – “Justiça Constitucional”, Tomo II, Coimbra Editora, 2005
- MOREIRA, VITAL – ver CANOTILHO
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA – “Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem”, Almedina, Coimbra, 2005
 – “Apontamento sobre a Impugnação da Decisão Arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Dez. 2007, ano 67, vol. III

- “Convenção de Arbitragem (Aspectos Internos e Transnacionais)” – *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 64, vol. I/II, Nov. 2004
- PINTO, CARLOS MOTA, “Teoria Geral do Direito Civil”, 4.ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, 2005
- RAMOS, RUI MANUEL MOURA – ver SOARES
- SILVA, JOÃO CALVÃO – “Convenção de Arbitragem – algumas notas”, *in Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Galvão Telles*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 533 a 549
- SILVA, PAULA COSTA E – “Os Meios de Impugnação de Decisões Proferidas em Arbitragem Voluntária no Direito Interno Português”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 56 (1996)
- “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *in ROA*, ano 52, III (Dezembro 1992)
- SOARES, MARIA ÂNGELA BENTO/RAMOS, RUI MANUEL MOURA – “Contratos Internacionais – Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem”, Almedina, Coimbra, 1986
- VARELA, ANTUNES/BEZERRA, MIGUEL/NORA, SAMPAIO, “Manual de Processo Civil”, 2.ª ed., ver. e aum., Coimbra Editora, 1985
- VENTURA, RAÚL – “Convenção de Arbitragem”, *in Revista da Ordem dos Advogados*, Setembro de 1986
- VICENTE, DÁRIO MOURA – “A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem”, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, 2002, pp. 987 a 1004

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

Acórdãos do Tribunal Constitucional

- 26/85, de 15 de Fevereiro de 1985, *in Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 5.º volume, 1985, pp. 7 a 70
- 150/86, de 30 de Abril de 1986, *in Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 7.º volume, 1986, pp. 287 a 301
- 230/86, de 8 de Julho de 1986, *in Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 8.º volume, 1986, pp. 115 a 133
- 289/86, de 29 de Outubro de 1986, *in Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 8.º volume, 1986, pp. 399 a 419
- 32/87, de 28 de Janeiro de 1987, *in DR*, II Série, de 7 de Abril de 1987
- 33/88, de 2 de Fevereiro de 1988, *in Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 11.º volume, 1988, pp. 221 a 232
- 156/88, de 29 de Junho de 1988, *in Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 11.º volume, 1988, pp. 1057 a 1062
- 168/88, de 13 de Julho de 1988, *in Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 12.º volume, 1986, pp. 173 a 238
- 472/89, de 12 de Julho de 1989, *in Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 14.º volume, 1989, pp. 7 a 40
- 52/92, de 5 de Fevereiro de 1992, *in Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 21.º volume, 1992, pp. 51 a 68
- 266/92, de 14 de Julho de 1992, *in Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 22.º volume, 1992, pp. 783 a 797

DO RECURSO DE DECISÕES ARBITRAIS PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 172/93, de 10 de Fevereiro de 1993, *in* Acórdãos do Tribunal Constitucional, 24.º volume, 1993, pp. 458 a 476
- 730/95, de 14 de Dezembro de 1995, *in* Acórdãos do Tribunal Constitucional, 32.º volume, 1995, pp. 255 a 291
- 250/96, de 29 de Fevereiro de 1996, *in* Acórdãos do Tribunal Constitucional, 33.º volume, 1996, pp. 465 a 471
- 506/96, de 21 de Março de 1996, *in* Acórdãos do Tribunal Constitucional, 33.º volume, 1986, pp. 761 a 764
- 224/2005, de 27 de Abril de 2005, *in* DR, II Série, de 19/07/2006

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Dezembro de 2002, *in* “Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça”, Ano X, 2002, Tomo III, pp. 152 a 156.