

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA ARBITRAGEM

Lisboa, 28 de Janeiro de 2009

MORAIS LEITÃO
GALVÃO TELES
SOARES DA SILVA

Referências aos tribunais arbitrais na Constituição de 1822 (art.º 194.º), na Constituição de 1838 (art.º 123.º, § 3.º) e na Carta Constitucional.

Artigo 127.º da Carta Constitucional

“Nas Civeis, e nas Penaes civilmente intentadas poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”

As Constituições de 1911 (art.º 73.º) e de 1933 (art.º 4.º) apenas fazem referência à arbitragem entre Estados.

Na Constituição de 1976 há uma reserva de actividade para os Tribunais.

Constituição de 1976

Versão Originária

Artigo 205.º (Definição)

Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.

Artigo 206.º (Função Jurisdicional)

Na administração da justiça incumbe aos tribunais 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.

Acórdão da Comissão Constitucional n.º 41

(...)

O que infringe a Constituição – a Constituição actual e também, de resto, já infringia as leis constitucionais anteriores – é a lei dar a um órgão da Administração Pública uma competência que apenas pode ser exercida pelos tribunais. À face da Constituição são os tribunais que administram a justiça e na administração da justiça incumbe-lhes dirimir os conflitos de interesse públicos e privados (citados artigos 205.º e 206.º);

(...)

Na versão originária, a Constituição não mencionava os tribunais arbitrais.

Serão constitucionalmente legítimos?

A dúvida é resolvida pela revisão de 1982:

Constituição

Revisão de 1982

Artigo 212.º

(Categorias de tribunais)

1. Existem as seguintes categorias de tribunais:
 - a) O Tribunal Constitucional;
 - b) Tribunais judiciais de primeira instância, de segunda instância e o supremo Tribunal de Justiça;
 - c) O Tribunal de Contas;
 - d) Tribunais militares.
2. Podem existir tribunais administrativos e fiscais, tribunais marítimos e **tribunais arbitrais**.

O Dec-Lei n.º 243/84 procurou estabelecer, em diploma próprio, o regime de arbitragem voluntária.
Não houvera autorização legislativa.

Artigo 168.º, n.º 1, alínea q) da Constituição na Versão de 1982

Artigo 168.º

(Reserva relativa de competência legislativa)

1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização do Governo:

(...)

q) Organização e competência dos tribunais e do Ministério Público e estatuto dos respectivos magistrados;

(...)

Apresentado pedido de fiscalização abstracta sucessiva de
inconstitucionalidade (orgânica).

O Tribunal Constitucional refere:

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86

(...)

É certo que, em determinados aspectos, os tribunais arbitrais *não são tribunais como os outros*.

Não são órgãos estaduais, sendo constituídos por vontade das partes; não são órgãos permanentes, sendo constituídos para resolver um certo litígio; os árbitros não são juizes de carreira, não estando sujeitos, portanto, em alguns aspectos, ao estatuto constitucional destes.

(...)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86

(...)

O tribunal arbitral voluntário, mesmo em doutrina pura, é tido e considerado como *real e verdadeiro tribunal*.

(...)

O tribunal arbitral voluntário exerce, pois, a função jurisdicional (Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, 1971, p. 243), constitui afinal um caso de exercício privado da função jurisdicional (Afonso Queiró, *ob. cit.*, p. 41).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86

(...)

Assim, nos termos e com os fundamentos expostos, declara-se, com força obrigatória geral, e com referência ao disposto no artigo 168.º, n.º 1, alínea *q*), da Constituição, a inconstitucionalidade das normas do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho.

(...)

- Maioria entendeu que os tribunais arbitrais estavam directamente abrangidos no preceito da reserva parlamentar.
- Minoria considerava que os diplomas que se lhes referissem só cabiam na reserva se e enquanto limitassem a competência dos tribunais do Estado.
- Vários acórdãos sobre o art.º 1.º do Dec-Lei n.º 269/82 e sobre o art.º 36.º do RAU foram deixando a questão em aberto.

P. ex.:

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 33/88

(...)

Ainda que se não subscreva a tese sustentada no referido Acórdão n.º 230/86, a verdade é que não se pode deixar de considerar que a definição da competência dos tribunais arbitrais se inclui na competência exclusiva da Assembleia da República, sempre que «afecte ou contenda com a definição da competência dos tribunais estaduais».

(...)

A revisão constitucional de 1989 resolveu a dúvida no sentido da inclusão directa dos tribunais arbitrais na reserva de competência legislativa:

Constituição, Artigo 168.º, n.º 1, alínea q)

Versão de 1989

Art.º 168.º

(Reserva relativa de competência legislativa)

1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização do Governo:

(...)

- q) Organização e competência dos **tribunais** e do Ministério Público e estatuto dos respectivos magistrados, bem como das **entidades não jurisdicionais de composição de conflitos**;

(...)

Constituição Artigo 20.º, n.º 1

Artigo 20.º

(Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva)

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

(...)

- E, se alguém, que celebrou convenção arbitral, intentar a acção em tribunal do Estado, invocando incapacidade de suportar os custos da arbitragem?
- Possibilidade admitida pelo

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/01/2000

(...)

Na verdade, importa ainda saber se, quando exista uma convenção de arbitragem, a superveniência de uma situação de insuficiência económica que impossibilite uma das partes dessa convenção de suportar as despesas com a constituição e funcionamento da arbitragem constitui ou não causa legítima de incumprimento dessa convenção, isto é, se nesse caso, a parte que se viu impossibilitada de custear as despesas de arbitragem pode ou não deixar de a ela recorrer e submeter o litígio que a oponha à outra parte aos tribunais estaduais.

(...)

- A decisão portuguesa é anterior a decisão paralela do *Bundesgerichtshof* (14.09.2000), que considerou verificar-se *Undurchführbarkeit* (“impossibilidade de execução”) da convenção de arbitragem.
- O Tribunal Constitucional (Ac. 25/2001) entendeu que STJ não desaplicara norma por inconstitucionalidade.
- Mas, num recurso de uma decisão da Relação de Guimarães, o Tribunal Constitucional já considerou que houvera interpretação conforme à Constituição. E decidiu

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/2008

(...)

Julgar inconstitucional por violação do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 494.º, alínea j), do Código de Processo Civil, quando interpretada no sentido de a excepção de violação de convenção de arbitragem ser oponível à parte em situação superveniente de insuficiência económica, justificativa de apoio judiciário, no âmbito de um litígio que recai sobre uma conduta a que eventualmente seja de imputar essa situação;

(...)

Perguntas:

- O que é que se significa com o termo “eventualmente”?
- E se a insuficiência de meios económicos se reportar ao demandado em arbitragem?
- E os pactos de jurisdição?
- E ainda, quanto às arbitragens internacionais,

(New York) Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Article II

(...)

3. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

- A insuficiência de meios económicos permitirá caracterizar a convenção de arbitragem como “*null and void*”, “*inoperative*” ou “*incapable of being performed*” (“inexequível”, na tradução oficial portuguesa)?
- Mais exactamente, um entendimento do direito português no sentido afirmativo condirá com a correcta interpretação da Convenção de Nova Iorque?

- Os tribunais arbitrais são constitucionalmente tribunais, que exercem a função jurisdicional.
- Logo, eles e os seus membros estão sujeitos às exigências respeitantes a *independência e imparcialidade* próprias de tribunais.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 52/92

“É, antes, da função jurisdicional que se trata, dirigida à solução de conflitos, passiva - “só conhecendo da lide ou controvérsia que lhe seja apresentada e só decidindo o que lhe for pedido” (Jorge Miranda) – *imparcial*, pela não prossecução de quaisquer interesses próprios, *neutra*”.

“A independência e imparcialidade da jurisdição exigem garantias orgânicas, estatutárias e processuais”.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 52/92

“A nomeação, por membro de um órgão da Administração, do terceiro árbitro da comissão arbitral prevista no artigo 49.º das C.G.V.E.E.A.T. não deixa inequivocamente intocadas as garantias objectivas de imparcialidade do tribunal e, por isso, não afasta os riscos de tratamento desigual das partes”.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 52/92

“Nestes termos, decide-se declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 49.º das Condições Geral de Venda de Energia Eléctrica em Alta Tensão (C.G.V.E.E.A.T.), anexas ao Decreto-Lei n.º 43 335, de 19 de Novembro de 1960, na parte em que atribui ao Secretário de Estado da Indústria (hoje, Secretário de Estado da Energia) competência para a designação do terceiro árbitro da comissão de três peritos-árbitros aí prevista, por violação dos artigos 20.º, n.º 1, e 206.º da Constituição da República”.

- As exigências constitucionais de *independência* e *imparcialidade* dos árbitros são reforçadas pelo n.º 4 do art.º 20.º da CRP, aditado em 1997:

Constituição Artigo 20.º, n.º 4

Artigo 20.º

(Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva)

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

(...)

- A garantia de processo equitativo integra um direito fundamental.
- Logo, a norma do n.º 4 do art.º 20.º é directamente aplicável (art.º 18.º, n.º 1).
- O art.º 10.º da LAV é manifestamente insuficiente para satisfazer as exigências constitucionais de *independência e imparcialidade* dos árbitros.
- Necessidade de utilizar o art.º 10.º, n.º 3, do Código Civil.

- Serão os árbitros irresponsáveis pelo conteúdo das decisões em termos semelhantes aos dos juízes?

Artigo 216.º da Constituição
(Garantias e incompatibilidades)

(...)

- Os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvas as exceções consignadas na lei.

(...)

- Casos Champalimaud começados na década de 60 e acções de responsabilidade movidas contra o árbitro-presidente, distintíssimo Juiz-Conselheiro jubilado.
- Questão do tribunal competente para julgar as acções.
- Decisões contraditórias do Supremo e fixação de jurisprudência:

Assento do STJ de 15/02/78

“Compete ao Tribunal comum, segundo as regras do processo comum, conhecer das acções propostas contra árbitros por causa do exercício das suas funções”.

A doutrina é correcta, mas, na fundamentação, o Assento apresenta um alcance mais vasto:

“Para além dele nenhum outro se encontra a prever a responsabilidade dos árbitros, o que só pode significar a aplicação do regime geral quanto à existência dessa responsabilidade e aos termos em que ela é exigível”.

O Supremo procura legitimar a sua posição pelo quadro constitucional então vigente:

“Os Tribunais são órgãos de soberania, contando-se entre eles os Tribunais Judiciais de primeira instância (artigos 113.º, n.º 1, e 212.º, n.º 1, da Constituição da República.

O Tribunal arbitral não está incluído nessa espécie de Tribunais, nem em nenhuma das admitidas pelos n.ºs 2 e 3 daquele último preceito, assim como não pode ser havido como Tribunal com competência específica ou como Tribunal especializado”.

- Hoje, os tribunais arbitrais são considerados tribunais em sentido constitucional, exercendo função jurisdicional.
- A irresponsabilidade pelo conteúdo da decisão é inerente à função jurisdicional e representa garantia mínima de *independência* e de *imparcialidade*.
- O art.º 216.º, n.º 2, da CRP é aplicável aos árbitros.
- Diferentemente dos juízes, porém, a responsabilidade dos árbitros estabelece-se directamente perante os lesados.

Constituição, Artigo 280.º

Artigo 280.º

(Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade)

1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:
 - a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade;
 - b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.
 2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:
- (...)

- Os tribunais arbitrais são, constitucionalmente, tribunais.
- Logo, cabe recurso das suas decisões para o Tribunal Constitucional, desde que preenchidos os pressupostos daquele.

- A LAV permite renúncia aos recursos (art.º 29.º), esta presume-se na arbitragem internacional (art.º 34.º) e é imposta na arbitragem de equidade (art.º 29.º).
- Segundo a Lei do Tribunal Constitucional (art.º 73.º), “o direito de recorrer para o Tribunal Constitucional é irrenunciável.”
- Prevalência da irrenunciabilidade do direito a recorrer para o Tribunal Constitucional, além do mais porque a LTC é lei orgânica (CRP, art.ºs 166.º, n.º 2, 164.º, al. c), e 112.º, n.º 3).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 150/86

- Discute o conceito funcional de norma.
- Mas admite, sem questionar, recurso por inconstitucionalidade de decisão de tribunal arbitral (necessário).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 181/2007

“Um primeiro problema de que há que tratar é o de saber se a Comissão Arbitral da Liga Portuguesa de Futebol, de cuja decisão se recorre para o Tribunal Constitucional, é um verdadeiro “tribunal” para efeitos de funcionamento do mecanismo de justiça constitucional que é o recurso de constitucionalidade”.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 181/2007

Considerando que a Comissão Arbitral da Liga Portuguesa de Futebol Profissional tem a natureza de tribunal arbitral, continua:

“Ora, o tribunal Constitucional, tendo em conta que os tribunais arbitrais (necessários e voluntários) são também “tribunais”, com o poder e dever de verificar a conformidade constitucional de normas aplicáveis no decurso de um processo judicial e de recusar a aplicação das que considerem inconstitucionais.”

Pergunta:

Quais são os tribunais arbitrais sujeitos à jurisdição do Tribunal Constitucional?

Resposta:

- Tribunais arbitrais com sede em território português (art.º 37.º da LAV).

- Será obrigatório dar conhecimento ao Ministério Público de decisão de que este deva interpor recurso (CRP, art.º 280.º, n.º 5, LTC, art.º 72.º, n.ºs 3 e 4)?

Âmbito normativo do recurso:
— Direito português aplicado.

Pergunta:

— Em arbitragem de equidade com a lei portuguesa como lei de referência pode interpor-se recurso da constitucionalidade respeitante à “norma” que, na decisão de equidade, o tribunal arbitral tenha utilizado?

— Ac. TC 264/98

“Ora, não há dúvidas de que aquele aresto criou, nos termos do artigo 10º, nº 3, do Código Civil, uma norma jurídica, ainda que, como salienta J. Baptista Machado, uma simples norma “*ad hoc*”, apenas para o caso *sub judicio*, sem que de modo algum adquira carácter vinculante para futuros casos ou para outros julgadores”.

- Há algum paralelismo entre a a arbitragem de equidade e a utilização do art.º 10.º, n.º 3, do Código Civil?

(New York) Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Article V

(...)

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(...)

- (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

- Princípios constitucionais (p. ex., garantias essenciais de processo equitativo) podem fazer parte da ordem pública internacional do Estado português.
- O problema da insuficiência de meios económicos do demandado como eventual fundamento de não reconhecimento:

Acórdão do STJ de 09/10/2003

“É isto:

ao acordar com a aqui recorrida a sujeição a um tribunal arbitral, e a um tribunal arbitral na Holanda, as recorrentes sabiam que os tribunais arbitrais implicam encargos e despesas, e para o respectivo provisionamento se deveriam ter prevenido. Não o fizeram. *Sibi imputet!*”

Tribunal não exclui a possibilidade de recusa de reconhecimento.
Mas mostra-se exigente na alegação e prova dos factos que
possam constituir fundamento.

www.mlgts.pt

MORAIS LEITÃO
GALVÃO TELES
SOARES DA SILVA