Tribunais arbitrais: À margem do Estado de Direito?





PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

ARTIGO DE OPINIÃO



PROFESSOR DOUTOR
PAULO DE BRITO

Resumo

Estarão os tribunais arbitrais, incluindo no âmbito da arbitragem necessária, à margem do Estado de Direito?

Notas preliminares

- A jurisprudência será citada de acordo os seguintes critérios: nome do Tribunal, em maiúsculas, data do acórdão, nome do relator ou, na falta de indicação deste, do presidente do coletivo de juízes, entre parêntesis, e, sendo esse o caso, referência à localização do acórdão no website, com referência expressa à data da sua consulta

Principais siglas utilizadas

- LAV (Lei da Arbitragem Voluntária)
- LJP (Lei dos Julgados de Paz)
- Lei RAL (Lei n.º 144/2015, de 8/9)
- CEDH (Convenção Europeia dos Direitos Humanos)
- ECHR (European Court of Human Rights / Tribunal Europeu dos Direitos Humanos)
- CRP (Constituição da República Portuguesa de 1976)



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

Introdução

Nos Julgados de Paz exercem a função jurisdicional juízes estaduais[1] que, apesar de nomeados a termo (cf. art.º 25.º, n.º 1 da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, com a redação dada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho, doravante abreviadamente referida como LJP), estão sujeitos às mesmas incompatibilidades dos magistrados judiciais (cf. art.º 27.º da LJP). Já o mesmo não sucede nos tribunais arbitrais onde é pacífica a natureza não estadual, mas outrossim privada, dos juízes árbitros. Acresce que impor a ambas as partes que certos litígios tenham de ser obrigatoriamente (portanto, independentemente da vontade destas) decididos por esta categoria de tribunais (arbitragem necessária) será também isto compatível com o Estado de Direito? E se o litígio tiver ainda de ser resolvido através da arbitragem na hipótese de apenas uma das partes assim o quiser mesmo que contra a vontade da outra (arbitragem necessária para uma das partes)? Isto sucede quando estamos, por exemplo, perante serviços públicos essenciais (cf. art.º 15.º, n.º 1 da Lei dos Serviços Públicos essenciais) e conflitos de consumo de reduzido valor económico, nos termos do art.º 14.º, n.º 2 da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho, com redação que lhe foi dada pela Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto).

Analisaremos, do ponto de vista doutrinal, a problemática da arbitragem se enquadrar ou não no âmbito do Estado de Direito, mas sem que, por vezes, se mencione também a posição da jurisprudência.

Quais os pressupostos materiais e formais de um Estado de Direito? Sem nos alongarmos sobre o tema, diremos em síntese que a segurança do Direito não comporta apenas aquilo que é designado como certeza do Direito[2].

---

[1] Cf. por todos SANTOS JUSTO, A., Introdução ao Estudo do Direito, 12ª ed., Petrony, Lisboa, 2021, p. 152.

[2] Cf. BIGOTTE CHORÃO, M. Introdução ao Direito, vol. I, Almedina, Coimbra, 1989, p. 108.



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

Outra modalidade consiste na segurança através do Direito no sentido de uma garantia dos cidadãos perante o Estado. E esta terá de representar também uma verdadeira garantia de acesso dos cidadãos à justiça. Será que formas alternativas de resolução extrajudicial de conflitos, designadamente a arbitragem, constituem ou podem constituir modelos perversos de regresso a sistemas de justiça privada, negadores de um verdadeiro e fundamental direito de acesso à justiça?

É claro que mesmo o tratamento limitado desta questão não dispensa o seu enquadramento no problema mais vasto em que se insere. É, pois, pela tematização e contextualização do direito fundamental de acesso à justiça que começaremos, ainda que apenas de um modo muito liminar e sucinto, restrito aos aspetos essenciais para a compreensão da problemática nele postulada.



1. O direito fundamental de acesso à justiça como corolário do Estado de Direito

a. Preliminares

Para termos uma sociedade justa, não basta termos normas justas. Temos igualmente de dispor de tribunais ou, de um modo mais amplo, de um sistema jurisdicional que aplique essas normas e – *last but not least* – dos meios de facto e de Direito adequados a garantir o efetivo acesso à tutela dispensada por esse sistema a todo e qualquer cidadão que reclame a titularidade de um direito subjetivo.

É o carácter imperativo da necessidade desta garantia (sem a qual toda a construção do sistema legislativo e jurisdicional, isto é, toda a construção da ordem jurídica de uma comunidade, será vazia) que coloca qualquer Estado que se pretenda um Estado de Direito na situação de sujeição face ao cidadão, não podendo negar-lhe, ou restringir-lhe desnecessariamente, o direito de acesso à justiça. É esta situação de sujeição que configura o direito de acesso à justiça como um direito fundamental potestativo[3], insuscetível de renúncia ou negociação.

[3] Neste sentido, Cf. VIEIRA DE ANDRADE, J. C. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 171.



Assim primordialmente instituída, assume-se a garantia de acesso ao Direito como um direito fundamental de duplo grau: constitui-se ela própria, num primeiro momento, como um direito fundamental ao lado dos outros que – desde a «Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão», de 1789, passando pela Declaração Universal dos Direito Humanos, de 1948 - foram sendo sucessivamente consagrados[4]; erige-se, em segundo grau, como o direito fundamental que tem por escopo assegurar a tutela efetiva *hic et nunc* de todos os outros direitos contemporâneos.

Em boa verdade, a garantia de acesso ao Direito é o corolário natural da ideia de proibição da justiça privada[5] que, ao nível da lei ordinária, encontra expressão nos artigos 1.º e 2.º do Código de Processo Civil português (doravante CPC) e o postulado necessário dessa mesma proibição.

Nesta medida, a garantia de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional é uma exigência lógica, decorrente da ideia de «contrato social», tal como ela foi desenvolvida pelos filósofos pós-Renascimento, em particular pelos filósofos das Luzes, como marca primeira do fim do tempo dos antigos e da instituição da modernidade. No plano político, a reconstrução vai dar-se a partir das doutrinas do contrato social, um contrato entre indivíduos livres, isolados e iguais que aceitavam abdicar de parte da sua liberdade a favor da possibilidade de vida em sociedade.

TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[4] Cf. GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, volume I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 408: «O **direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva** (…) é, ele mesmo um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível de proteção de direitos fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de direito.»

[5] Sem prejuízo da subsistência dos casos excecionais de autotutela.

Ora aceitavam também – e é o ponto que aqui agora nos importa – alienar a favor da comunidade, constituída em Estado, o poder de assegurar o próprio Direito, contra a garantia de que ele, Estado, zelaria por essa tutela, criando e mantendo instituições independentes, imparciais, eficazes e dotadas de poder para o efeito: os tribunais.

É também por isto que a garantia de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efetiva é, para além de direito fundamental, em si mesma, uma garantia de segundo grau, uma meta-garantia de que os outros direitos subjetivos serão, também eles – ao serem objeto de apreciação, em última instância, por entidades independentes e imparciais – assegurados de modo uniforme e supra-partes, em nome da justiça e não do simples poder individual e da força de quem faz e afirma o próprio direito.[6]

E é também por isto que o direito fundamental de acesso à justiça – consagrado no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 em termos que analisaremos sumariamente, em breve – constitui, ele próprio, para além de um direito potestativo, um limite material de revisão constitucional. Um poder constituinte que o procurasse eliminar seria um poder ilegítimo; e a norma que o eliminasse – por, na prática, repor a ordem primitiva da força contra a ordem axiológica da paz e da justiça - uma norma constitucional inconstitucional, para usar a expressão consagrada de Otto Bachof.



[6] Neste sentido, BAPTISTA MACHADO, J. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina, Coimbra, 1989, p. 142: «o juiz desempenha a sua função de representação do todo quando decide com justiça, pois *decidir com justiça* coincidirá exatamente com decidir em representação do todo, sem parcialidade nem partidarismo.»

Na verdade, alguém que pretendesse proclamar as regras constitutivas de uma ordem justa, negando simultaneamente a possibilidade de acesso pleno à tutela efetiva conferida por tais normas, estaria a violar o princípio da não contradição e o princípio da comunicação com sentido, princípios fundadores da própria possibilidade de vida em sociedade. Afirmando, em abstrato, os direitos fundamentais do cidadão e negando ou limitando, ao mesmo tempo, o acesso às vias de efetivação concreta desses direitos, um legislador que assim procedesse estaria, de facto, a colocar-se fora da comunidade comunicativa, a infirmar a ordem jurídica como ordem de valor e de sentido, como ordem justa, e afirmar apenas o valor da lei, como a lei do mais forte.[7]

Compreende-se, face ao exposto, que o núcleo essencial do direito fundamental de acesso à justiça e ao Direito se analise na enumeração e na discriminação das condições indispensáveis à garantia de efetivação daquele direito.

Nesta análise, tem sido crucial a doutrina desenvolvida a partir dos problemas suscitados pela interpretação e aplicação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos[8], justamente o preceito que nela consagra o direito de acesso à justiça.

É sobretudo a partir dela que consideraremos aqui, de entre o leque de garantias que obrigatoriamente têm de integrar o núcleo central do direito de acesso ao direito e à justiça, para se poder ter este direito fundamental como plenamente vigente e subsistente em determinada ordem jurídica, a independência dos tribunais e imparcialidade dos juízes.

TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[7] Cf. BAPTISTA MACHADO, J. "Prolegómenos ao discurso legitimador". *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1989.

[8] Doravante, abreviadamente referida como CEDH.

b. Garantia de independência dos tribunais e imparcialidade dos juízes

A primeira dificuldade na interpretação do artigo 6.º, número 1, da CEDH é a determinação do próprio conceito de «tribunal».

Podemos caracterizar tribunal como um órgão jurisdicional investido no poder de julgar com imparcialidade e independência um determinado conflito, proferindo uma decisão que (ainda que suscetível de alteração e revisão em sede de eventual recurso) se impõe às partes com força vinculativa. [9]

O tribunal é um órgão jurisdicional. Significa isto que as suas decisões são orientadas, em primeira e única linha, à realização da justiça, com exclusão da valoração de quaisquer outros fins ou propósitos que noutras esferas (*maxime* administrativas) podem ser relevantes e de prossecução necessária. A decisão do tribunal é «proferida de um ponto de vista estrita e exclusivamente jurídico.



[9] Daqui não decorre que o juiz tenha de exercer no «tribunal» apenas a função jurisdicional com exclusão expressa de outras, de natureza não jurisdicional, como, por exemplo, a gestão financeira do Palácio da Justiça ou o poder disciplinar sobre os respetivos funcionários administrativos. Não, o que importa não é que o tribunal exerça apenas a função jurisdicional, mas que, no exercício desta, atue investido das garantias de imparcialidade e independência que a seguir referiremos. Neste sentido, BEDDARD, R., Human rights and Europe, 3rd. ed., Cambridge University Press, Cambridge, cop. 1993, p. 167.

A pronúncia que se baseie em qualquer modelação *ativa*, transformadora, de qualquer ordem social e económica, que tenha de inspirar-se em cálculos, previsões ou presunções sobre qual será o efeito da decisão a tomar sobre uma determinada conjuntura esperada ou sobre uma eventual evolução das circunstâncias, em vez de se preocupar exclusivamente com o que é o *direito* do caso concreto no preciso momento em que se julga, já não [será] uma decisão jurisdicional em sentido material, mas uma decisão administrativa ou, pelo menos, contaminada por elementos de carácter *administrativo*». [10] Não implicam estas considerações que o juiz – em particular nas sentenças constitutivas – se deva abster sempre da ponderação de um juízo de prognose sobre os efeitos da decisão a proferir. Implicam, sim, que tal juízo de prognose esteja ele próprio previsto na lei como pressuposto dessa decisão a proferir e esta se configure, assim, como um julgamento situado, um julgamento em contexto, por referência a factos já conhecidos. Será o caso, por exemplo, da sentença que condene o autor do dano a repor a situação em que o lesado se encontraria se aquele não tivesse ocorrido ou o da sentença que, aplicando normativo adrede estabelecido, suspenda a execução do despejo, com fundamento na grave situação de carência económica e social em que ficaria o inquilino habitacional se imediatamente privado do espaço locado. É que aqui é o próprio legislador que ordena o juízo de prognose como critério da decisão, sustentada, em todo o caso, sobre factos passados. Como escreve ainda Baptista Machado, «poderá dizer-se que a decisão jurisdicional assenta sempre, em último termo, em factos já verificados – isto é, em factos que engendraram aquele efeito de direito que a sentença se limita a *declarar*.

> TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[10] BAPTISTA MACHADO, J., *op. cit.*, p. 146.

Pois que, mesmo a sentença *constitutiva* (…) só pode e deve ser proferida quando se verifiquem aqueles factos ou pressupostos que a lei considera antecedentes obrigatórios da intervenção constitutiva do tribunal» [11]

Logo do exposto decorre também a segunda nota definidora da natureza específica de um tribunal: a imparcialidade.

A imparcialidade dos tribunais, enquanto órgãos jurisdicionais, não se confunde com a imparcialidade que, de um modo geral, vincula toda e qualquer entidade administrativa ou instituição pública. É que, nestas, a imparcialidade tem essencialmente que ver com o princípio da igualdade, com o respeito pela regra da não discriminação, do tratamento igual, não parcial, de todos os cidadãos, independentemente da «ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.»[12]

A imparcialidade dos tribunais é um conceito mais amplo. Inclui o princípio da igualdade, mas vai para além deste. Traduz a ideia de realização da justiça, em si, como uma totalidade, sem consideração específica por razões particulares, de natureza legítima, mas estritamente administrativa. Ao tribunal não cabe, em primeira linha, aplicar apenas a lei, mas realizar o Direito. Ao juiz não cabe, por exemplo, ponderar se a sua decisão é a que melhor contribui para o desenvolvimento regional, para a salvaguarda das finanças públicas ou para a adequada vigilância da costa marítima. Cabe-lhe pronunciar a decisão que, dirimindo um conflito, corresponda à melhor interpretação e ponderação dos valores que integram a ordem jurídica global, realizando a justiça como um todo.

> TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[11] *Idem*.

[12] Artigo 13.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, de 1976.

«[A]o magistrado judicial só compete defender e declarar o que é de *direito* em cada caso, pois não está empenhado na realização do interesse ou dos fins da Administração. Demais disso, não deve achar-se ligado às partes em litígio, ou ter contendas com qualquer delas, para que fique garantida a sua *isenção* ou a *imparcialidade* da decisão a proferir» [13]

Já por aqui se vê que não devem ser considerados tribunais, para efeitos dos artigos 6.º da CEDH e 20.º da Constituição da República Portuguesa, de 1976[14], alguns órgãos dotados de poderes decisórios e revestidos de certas garantias de independência, mas cujas competências estão orientadas à realização de determinados fins particulares que lhes configuram e limitam o sentido das decisões a proferir. Será, por exemplo, o caso, no Direito português, da Comissão de peritos que aprecia o pedido de revisão da matéria coletável fixada por métodos indiretos, prevista nos artigos 91.º e seguintes da Lei Geral Tributária[15].

Resta ainda a independência como elemento essencial integrador da ideia de tribunal. Os tribunais são órgãos jurisdicionais independentes.

> TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[13] BAPTISTA MACHADO, J., op. cit., p. 149.

[14] Doravante, abreviadamente referida como CRP.

[15] Por maioria de razão, faltando-lhes inclusive poderes de decisão, não são tribunais eventuais Conselhos de peritos que emitam pareceres sobre matérias da sua especialidade (médica, por exemplo), ainda quando, por força da natureza técnica ou científica do objeto desses pareceres, eles acabem por ser determinantes do sentido da decisão a proferir pelos órgãos jurisdicionais.

«Significa esta independência [nas palavras de Baptista Machado, cuja lição continuamos neste ponto a seguir] antes de mais que os juízes, nos seus julgamentos, não estão sujeitos a quaisquer ordens, instruções ou diretivas de qualquer superior hierárquico [16] – ao contrário do que se verifica relativamente aos órgãos e agentes da Administração». [17] É por isto que as decisões proferidas em procedimentos administrativos ou tributários de reclamação graciosa ou de recurso hierárquico, por exemplo, não são, nem podem ser nunca, decisões de carácter jurisdicional. Carecem em absoluto da característica da independência, sem a qual não será, em caso algum, possível falar em exercício de um poder jurisdicional.

Simplesmente, a independência dos juízes não é uma independência abstrata, remetida para o limbo das intenções programáticas sem garantia. É uma independência real e concreta, assegurada, no Direito português, designadamente pela garantia de irresponsabilidade, constitucionalmente instituída no art.º 216.º, n.º 2, da CRP[18], complementada pelas obrigações impostas aos magistrados nesse mesmo preceito e destinadas a assegurar a inexistência, sequer, da possibilidade de um qualquer conflito de interesses que possa de algum modo, ainda que mínimo, manietar, diminuir ou condicionar a estrita isenção e independência que é prerrogativa necessária da função do magistrado.[19]

> TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[16] É por isto, desde logo, que o Ministério Público não integra nem pode integrar a estrutura dos tribunais portugueses.

[17] BAPTISTA MACHADO, J., op. cit., p. 149.

[18] E reiteradas pelos artigos 4.º e 5.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais, aprovado pela Lei número 21/85, de 30 de Julho.

[19] Ver também, neste sentido, o artigo 6º-A do Estatuto dos Magistrados Judiciais, cit.

"A irresponsabilidade significa a insusceptibilidade de se ser demandado pelas decisões proferidas, com exceção dos casos de dolo ou negligência grosseira e implica que a única forma de contestar uma decisão judicial é por via de recurso para tribunal superior, e não por quaisquer outros meios.

Apenas o Estado pode ser responsabilizado pelas decisões fora das situações em que magistrados judiciais podem ser responsabilizados, designadamente nos casos especialmente previstos na lei de responsabilidade civil e criminal ou disciplinar. Encontra-se vedada a responsabilidade pessoal direta dos magistrados pelas suas decisões."[20]

Foi por ausência deste requisito de independência, conatural e consubstancial à função jurisdicional, que o Tribunal Constitucional português, logo num dos seus primeiros acórdãos, declarou inconstitucionais as normas constantes do n.º 1 do artigo 206.º e do n.º 5 do artigo 209.º do Regulamento Geral das Capitanias, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 265/72, de 31 de julho, que configurava o capitão do porto como um órgão jurisdicional com competência para dirimir litígios[21].

> TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[20] ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Enquadramento constitucional e legal da independência dos magistrados. [Lisboa]: [Assembleia da República], in http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a51574e3061585a705a47466b5a554e7662576c7a633246764c7a52694d7a51355a6a41324c545534596a51744e47597a4d6931684d474d334c5451784d5749304e7a4d78596a457a595335775a47593d&fich=4b349f06-58b4-4f32-a0c7-411b4731b13a.pdf&Inline=true, website acedido em 2019.05.17.

[21] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão de 04.07.1984 (Nunes de Almeida) *in* http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840071.html, website acedido em 2019.05.17.

Aí se fixou de forma cristalina e definitiva a doutrina prevalecente neste campo:

"Para que um determinado órgão possa ser qualificado como tribunal é necessário, antes de mais, que ele seja 'independente', como o exige o artigo 208º da Constituição.

E não se diga que tal característica se encontra verificada no caso vertente por o n.º 2 do artigo 206.º do Regulamento Geral das Capitanias determinar que 'a autoridade marítima decide unicamente em conformidade com a lei aplicável ao caso concreto, sem qualquer sujeição a ordens ou instruções, e não responde pelas suas decisões'.

Tal ressalva, em boa verdade, nada altera.

A independência dos tribunais, para efeitos do artigo 208º, não pode, na verdade, 'ser identificada simplesmente com a circunstância de eles julgarem apenas segundo a lei e não estarem sujeitos a ordens e instruções', antes exige, igualmente, a independência pessoal dos juízes (…).

Ora, é esta independência pessoal, que se exige e se garante aos juízes, que falece às autoridades marítimas e, designadamente, aos capitães dos portos, entidades integradas no sistema da Administração Pública e hierarquicamente dependentes, insuscetíveis de se enquadrarem em qualquer das categorias de tribunais a que se refere o artigo 212º da Constituição"[22]

Não se confunda, porém, como advertem Jorge Miranda e Rui Medeiros, a função jurisdicional com a função judicial.

«O direito à tutela jurisdicional implica o **direito de acesso aos tribunais** (…) no sentido do direito subjetivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdicional".

TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[22] Os preceitos citados reportam-se à versão do texto constitucional em vigor à data da prolação do acórdão.

Tribunais neste sentido não são apenas os tribunais judiciais. Tutela *jurisdicional* não significa, na realidade, o mesmo que tutela *judicial*, havendo no ordenamento jurídico português diferentes categorias de tribunais ou de ordens de jurisdição.»[23]

É precisamente nesta distinção que vamos encontrar um ponto relevante para o problema específico considerado no objeto do presente estudo, o problema da compatibilidade do direito fundamental de acesso à justiça com um modelo de resolução alternativa de litígios, a arbitragem.

No Direito português, a par dos tribunais judiciais propriamente ditos, a Constituição prevê, no seu artigo 209.º, n.º 2, a possibilidade da existência de tribunais arbitrais.

Deste modo, em Portugal, a Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, dita de Organização do Sistema Judiciário, veio também explicitamente referir os tribunais arbitrais (cf. o respetivo artigo 150.º).

Estamos no domínio da busca de soluções para o problema da tomada de consciência dos direitos individuais, da exigência de tutela garantística desses direitos e da consequente explosão da conflitualidade e do atolamento dos tribunais judiciais, a postular medidas novas e alternativas de resolução dos conflitos com realização da justiça em tempo útil. Ora esta é também uma condição essencial de uma efetiva tutela dos direitos individuais, sem a qual não pode falar-se de um autêntico direito de acesso à justiça.

Deixemos claro: os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais, exercendo plenamente a função jurisdicional própria dos tribunais.

> TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[23] MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. Constituição Portuguesa Anotada, Volume I: Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais: artigos 1.º a 79.º, 2.ª ed. revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017., p. 317.

E nem sequer deixam de o ser por se constituírem como tribunais não estaduais. O conceito de função jurisdicional não se confunde com o conceito de justiça estadual. O que importa é que esteja sempre assegurada a imparcialidade e independência própria de quem exerce a função jurisdicional, quer esta decorra no âmbito do exercício da função judicial propriedade dos tribunais comuns, quer ocorra fora desse âmbito, no exercício da função jurisdicional «incomum»[24] dos julgados de paz, ou no exercício da função jurisdicional dos tribunais arbitrais, ainda que em sede de arbitragem voluntária.[25]

Ora, em Portugal, tanto a LJP, no seu «Capítulo IV», artigos 21.º e seguintes, como a LAV (aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro) nos seus artigos 9.º e 10.º e, em especial, nos números 3 a 5, do art.º 9.º e n.º 6 do art.º 10.º exprimem e consagram soluções que, dentro do quadro particular e das especificidades próprias inerentes à sua natureza, visam a salvaguarda e a garantia da imparcialidade e independência daqueles tribunais.

> TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[24] «Os Julgados de Paz são tribunais incomuns dotados de características próprias de funcionamento e organização» - escreve-se no website oficial do Conselho dos Julgados de Paz in *http://www.conselhodosjulgadosdepaz.mj.pt/informacao.asp*, website acedido em 2019.05.17.

[25] Precisamente porque assim é, porque a jurisdição voluntária independente não exclui, antes afirma, o direito de acesso à justiça e aos tribunais, o ECHR não recebeu a pretensão da Requerente no caso "Transado – Transportes Fluviais do Sado, SA, v. Portugal", não reconhecendo que as garantias de imparcialidade na interpretação e aplicação das cláusulas de um contrato não ficavam asseguradas pelo facto de serem submetidas à apreciação de um tribunal arbitral a que a requerente voluntariamente tinha aderido (cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. ACÓRDÃO de 16.12.2003 (G. Ress), *in* http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44660, website acedido em 2020.05.18.

A propósito dos «[re]quisitos dos árbitros», a que se reporta o art.º 9.º da LAV, escreve Pereira Barrocas: «[n]ão se tratam de requisitos exigidos pela convenção de arbitragem, mas sim de requisitos legais inerentes à jurisdição arbitral e ao estatuto do árbitro.

Tal como sucede com o juiz (artigo 4.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais), é exigido ao árbitro que seja e se mantenha, em todo o processo arbitral, independente e imparcial.» [26]

Não estamos, pois, apesar da natureza voluntária da arbitragem aqui em causa, perante preceitos dispositivos cuja aplicação as partes possam afastar por mútuo acordo, mas perante normas imperativas de Direito Público que se impõem à vontade das partes no processo arbitral e que prevalecem sobre ela. Por isso mesmo, também a LAV, como um todo, não pode ser afastada por vontade das partes, sob pena de já não estarmos perante um processo arbitral, *rectius*, perante um processo de natureza jurisdicional, com uma decisão final com força de sentença proferida por um tribunal. É ainda Pereira Barrocas quem ensina: «sempre que uma lei especial não determine a subordinação obrigatória do litígio a um tribunal estadual ou a arbitragem necessária, segue-se a regra geral que se caracteriza pela aplicação integral[27] do regime da arbitragem voluntária regulado pelo Anexo da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro».[28]

TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[26] PEREIRA BARROCAS, M. Lei de Arbitragem Comentada, Almedina, Coimbra 2013, p. 55.

[27] Sublinhado nosso.

[28] PEREIRA BARROCAS, M., *op*. cit., p. 24.

E o que se diz para os processos de arbitragem voluntária vale, *mutatis mutandis*, para os processos de arbitragem necessária. Se a lei especial que os impõe não reveste o estatuto dos árbitros das indispensáveis garantias de imparcialidade e independência, nunca a arbitragem em causa poderá ser havida como arbitragem de natureza jurisdicional e nunca as suas decisões poderão ser havidas como decisões de um tribunal.[29]

Foi neste mesmo sentido que se pronunciou o Acórdão do Tribunal Constitucional português no processo n.º 696/95, negando a natureza de tribunal arbitral necessário à «comissão composta por um representante de cada uma das partes e presidida pelo presidente do Conselho Superior de Obras Públicas e Transportes ou pelo membro qualificado do mesmo Conselho que aquele para o efeito designar», prevista no artigo 227.º do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, ao concluir que «as normas dos nºs. 1 dos artigos 221º e 227º do Decreto-Lei nº 235/86 (…) não impedem o acesso aos tribunais (porque o não-acordo terá de ser dirimido nos tribunais e o acordo equivale à dissolução do litígio) e não subtraem aos tribunais uma parte da função jurisdicional (porque a intervenção da comissão que preconizam tem um carácter conciliatório - não jurisdicional - e porque, se a supressão negociada de conflitos diminuísse as fronteiras da jurisdição, então teria de concluir-se que o mero cumprimento pontual das obrigações também o faria, o que seria, naturalmente, um absurdo).»[30]

TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[29] Decisivo será também que a lei que cria um tribunal arbitral necessário respeite o princípio de reserva relativa de competência da Assembleia da República, estatuído no art.º 165.º, n.º 1, alínea p), da CRP. Um Decreto-Lei não autorizado do Governo não pode instituir um processo de arbitragem de natureza jurisdicional.

[30] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. Acórdão de 02.07.1997 (Alves Correia) *in* http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1997&numero_actc=491, website acedido em 2019.05.18.

Em suma, o direito de acesso aos tribunais para defesa de direitos e interesses legalmente protegidos, consagrado nos artigos 6.º da CEDH e 20.º da CRP, não fica comprometido nem é violado pelo facto de o tribunal acedido não ser um tribunal judicial ou não ser, sequer, um tribunal estadual. O ponto é que seja um verdadeiro tribunal, com competência para tomar decisões de carácter jurisdicional, proferidas por quem se encontre investido de indispensáveis garantias de imparcialidade e independência. É que se assim não for, não podemos falar de um tribunal e de uma sentença. Quando muito, poderemos estar perante a simples apreciação administrativa de um litígio, com uma tomada de posição por quem apenas se encontra vinculado à imparcialidade administrativa restrita acima mencionada (não à imparcialidade própria dos juízes, consubstanciada na declaração do Direito, sem subordinação a outros valores que não os da própria realização da justiça) e/ou integrado numa estrutura hierárquica.

Se dessa apreciação meramente administrativa não couber recurso para um tribunal, para um verdadeiro tribunal, imparcial e independente, aí sim, estaremos perante uma intolerável violação dos artigos 6.º da CEDH e 20.º da CRP.

Não se extrai de tudo o que até agora ficou dito que o direito de acesso aos tribunais seja um direito absoluto, insuscetível de conhecer limitações ou de ver o seu exercício restringido ou condicionado.

O direito de acesso aos tribunais é, seguramente, um direito fundamental, mas nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos. Integram-se num conjunto mais alargado de valores igualmente dignos de proteção constitucional e muitas vezes incompatíveis entre si que, por isso mesmo, precisam de ser compatibilizados, coordenados e integrados, impondo-se pontualmente o seu sacrifício parcial, como logo prevê o art.º 18.º da lei fundamental portuguesa.[31],[32]

Relevante é que as restrições introduzidas decorram de lei geral e abstrata e não retroativa, não revistam carácter arbitrário, respeitem o princípio da proporcionalidade, sejam necessárias para a salvaguarda de outros direitos e princípios fundamentais e não atinjam em caso algum o núcleo essencial do direito em causa.[33]

TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[31] Pense-se, por exemplo, nos institutos jurídicos da caducidade e da prescrição cuja consagração legal não contraria o direito de acesso aos tribunais nem a garantia de tutela efetiva dos direitos. Razões de certeza e de segurança jurídicas, sem as quais a realização mesma da justiça se torna impossível, justificam a imposição de limites temporais ao exercício dos direitos, ultrapassados os quais estes deixam de poder ser exercidos. O que não pode acontecer é que esses limites sejam tão desproporcionalmente curtos e que com isso se descaracterize a essência do direito a proteger.

[32] Sobre as restrições aos direitos fundamentais ver, por todos, VIEIRA DE ANDRADE, J. C., Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 277 e seguintes.

[33] Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), last update 31.08.2019, Council of Europe, Strasbourg, 2019, p. 22, referindo o acórdão De Geouffre de la Pradelle v. France: «*The "right to a court" and the right of access are not absolute. They may be subject to limitations, but these must not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired (…). Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved*»

Em síntese: a garantia de independência dos tribunais consubstancia-se, antes de mais, na garantia da separação de poderes, assegurando a não interferência do poder político no poder jurisdicional, seja alterando o sentido das decisões por estes proferidas, seja condicionando ou tentando condicionar por qualquer modo o sentido dessas decisões, designadamente, por exemplo, através de intervenções externas, positivas ou negativas, na normal progressão das carreiras dos magistrados. Mas não se fica por aí. Postula também a garantia de não submissão do juiz a outras influências, interferências ou heterocondicionamentos de qualquer espécie, que não o respeito pelo princípio da legalidade (em sentido amplo) e o pelo sentimento de justiça ditado pela sua formação e consciência.

Tribunais arbitrais: à margem do Estado de Direito?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

c. Garantia de tutela efetiva do direito

A tutela efetiva do direito é o ponto fulcral que justifica todas as garantias em que se desdobra o direito fundamental de acesso à justiça. Entendida como garantia, a tutela efetiva do direito não é uma garantia como as outras, mas uma espécie de meta-garantia que todas engloba e sintetiza.

A justiça não se realiza no plano abstrato dos princípios, mas na vida concreta dos homens. A tutela efetiva do direito é o polo agregador de todo o programa axiológico que percorre o sistema jurídico de um Estado de Direito, desde o momento inicial da elaboração geral e abstrata da lei, até ao momento final do trânsito em julgado de uma sentença que põe fim – dirimindo-o – a um conflito individual e concreto. Só há tutela efetiva do direito, quando há um julgamento justo e equitativo onde é aplicada a lei certa, segura e justa.

Desenvolveremos de seguida um aspeto estruturante da ideia de tutela efetiva do direito, tendo sempre presente, no entanto, que esta não se realiza parcelarmente. A justiça é um todo maior do que a soma das suas partes.

> TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

d. Garantia de tutela em tempo razoável

«Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial…», proclama, a abrir o seu programa normativo, o artigo 6.º, número 1, da CEDH.

Na verdade, não há justiça, nem garantia de acesso à sua realização, se a tutela requerida de um direito não for efetivamente assegurada em tempo útil. A justiça certa feita fora de tempo, é injustiça certa.

Por vezes, a justiça pode ser lenta[34]. O seu tempo não corresponde ao ritmo vertiginoso a que vivem as sociedades contemporâneas. Mas a justiça tem de ser feita para o tempo dos homens e não para a eternidade dos deuses.

> TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[34] Múltiplas são as razões que podem explicar a lentidão da justiça, sem excluir a própria necessidade de reflexão aturada das decisões, inerente à prudência implicada na arte de julgar. Desde logo, a progressiva tomada de consciência dos seus direitos pelos cidadãos (a que, em Portugal, não terá sido alheia a explosão de Faculdades e de licenciados em Direito), com o crescimento exponencial do número de processos judiciais, não acompanhado de idêntico e proporcional crescimento de tribunais e de juízes. Do mesmo modo, a extraordinária complexificação dos sistemas sociais e das suas exigências de alimentação e realimentação (*input/output*) contribui de forma decisiva para o atraso de resposta dos sistemas judiciais à tutela efetiva e atempada dos direitos. E os grandes sistemas eletrónicos desenvolvidos para dar resposta a esta crescente complexidade não vieram introduzir a simplificação de procedimentos. Limitaram-se (e limitam-se) a gerir com proficiência aquela complexidade, muitas vezes, exigindo novos *inputs* procedimentais, com um efeito acelerador e multiplicador sobre o próprio gigantismo a que tendem os sistemas. Também a internacionalização e globalização da economia e das relações comerciais, permanecendo estaduais os sistemas de acesso ao Direito e aos tribunais, dita a necessidade constante de pedidos de colaboração e intervenção de órgãos judiciais e de investigação estrangeiros que retardam a apreciação dos processos e são também um fator determinante nos atrasos da justiça. Sobre o tema, cf. ANACLETO COSTA, P. J., O acesso à justiça como direito fundamental de todos os cidadãos, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, s. d., pp. 37-40.

É no equilíbrio sempre instável entre a lentidão da justiça e as exigências de resposta pronta aos imperativos da vida moderna, em constante e acelerada mudança, que se há-de encontrar o meio termo que garanta a bondade da aplicação do Direito, sem comprometer a certeza e a segurança indispensáveis às relações jurídicas, sem as quais nem sequer há Direito.

A quarta revisão constitucional portuguesa (de 1997) alterou a epígrafe do art.º 20.º, que passou de «Acesso ao direito e aos tribunais» para «Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva», bem como os números 1 e 2, aditando-lhe três novos (3, 4 e 5). Quanto ao art.º 20.º n.º 4 tem o seguinte teor: «Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.»

Ao aditar o n.º 4 ao art.º 20.º da CRP ficou reconhecida a preocupação pelas não raras violações do princípio do prazo razoável, consagrado no art.º 6.º, n.º 1, da CEDH, as quais deram origem a vários processos no ECHR que culminaram com a condenação de Portugal. A propósito do texto adotado pela Lei Constitucional n.º 1/89, merece referência o comentário que, já por essa altura, sobre ele teceram Gomes Canotilho e Vital Moreira: «O direito de acesso aos tribunais concretiza-se também através do *direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas*. Este direito é uma dimensão ineliminável do direito a uma tutela judicial efetiva.»[35] O direito a uma decisão rápida aparece agora como indissociável do acesso a uma tutela jurisdicional efetiva e não meramente formal.

> Tribunais arbitrais: à margem do Estado de Direito?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[35] GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993., p. 163.

Com efeito, ao reproduzir o disposto no art.º 6.º da CEDH [36], o art.º 20.º da CRP veio expressamente consagrar esse princípio geral em matéria de direitos fundamentais na ordem jurídica interna. O direito a uma decisão proferida em tempo útil, sem dilações indevidas, tem de ser considerado globalmente, como um todo, atentando unitariamente a todo o período decorrido entre o momento da manifestação da pretensão do cidadão ao reconhecimento de um direito e a garantia efetiva da sua tutela. Não são, para estes efeitos, atendíveis divisões formais entre fases do processo, designadamente entre o julgamento em primeira instância e numa instância de recurso, ou entre as fases declarativa e executiva. Se a ação declarativa correu célere na primeira instância, mas o julgamento de um recurso ou a execução da pretensão reconhecida ao titular do direito e transitada em julgado foi injustificadamente retardada, não viu esta garantida a respetiva tutela em prazo razoável.

TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[36] Cuja vigência na ordem jurídica portuguesa resultaria já, de resto, dos artigos 8.º, n.º 2 e 16.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976.

A doutrina do ECHR, plasmada no seu Guia sobre o artigo 6.º da CEDH[37], vai (acertadamente) ainda mais longe e defende deverem também ser consideradas na contagem do tempo, para aferição da razoabilidade do prazo de tomada da decisão, as fases administrativas ou pré-contenciosas a que o processo haja dado lugar.[38]

O mesmo vale para aqueles processos (como o caso português do processo extrajudicial de inventário e partilha, instruído junto de cartório notarial) conduzidos por autoridade administrativa, mas sob a supervisão de um tribunal que a todo o tempo pode ser chamado a pronunciar-se sobre qualquer diferendo entretanto surgido. *«Article 6 § 1 may also apply to proceedings which, although not wholly judicial in nature, are nonetheless closely linked to supervision by a judicial body. This was the case, for example, with a procedure for the partition of an estate which was conducted on a non-contentious basis before two notaries, but was ordered and approved by a court (…). The duration of the procedure before the notaries was therefore taken into account in calculating the reasonable time»* - escreve-se, a este respeito, no Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb)[39].

> TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[37] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), last update 31.08.2019, Council of Europe, Strasbourg, 2019, disponível no website https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf, acedido em 2020-05-23.

[38] Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide…, cit., p. 79: «[a]s regards the starting-point of the relevant period, time normally begins to run from the moment the action was instituted before the competent court (…), unless an application to an administrative authority is a prerequisite for bringing court proceedings, in which case the period may include the mandatory preliminary administrative procedure.»

[39] Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide…, cit., p. 79, § 405.

Ora uma preocupação pela celeridade está presente de forma expressiva no âmbito da nossa arbitragem doméstica ou das arbitragens internacionais realizadas em Portugal, às quais, em regra, se aplica a *lex arbitri*, ou seja, as normas processuais do local da arbitragem (nesta hipótese, as previstas na LAV). Assim, o art.º 43.º, n.º 1 desta faz referência a um prazo de 12 meses a contar da data de aceitação do último árbitro. Já no contexto das arbitragens domésticas de consumo importa mencionar o art.º 10.º, n.º 5 da Lei n.º 144/2015, de 8/9 (designada por Lei RAL), que estabelece um prazo de 90 dias para a conclusão do processo. No contexto das arbitragens institucionais é importante ter presente o que, a esse respeito, dispõem os Regulamentos das instituições arbitrais em causa. Deste modo, por exemplo, o art.º 26.º, n.º 1 do Regulamento do CIMPAS (Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Seguros) prevê um prazo de 10 dias para ser proferida a sentença.

> Tribunais arbitrais: À margem do Estado de Direito?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

2. Sobre a arbitragem comercial internacional

Suponhamos que uma empresa portuguesa celebra com uma indiana um contrato pelo qual esta se compromete a fabricar vestuário de acordo com o design, especificações e prazo determinados pela primeira. Na hipótese de incumprimento, em que tribunal poderá/deverá ser proposta uma eventual ação de indemnização por responsabilidade contratual? As regras processuais internas de cada um dos países poderão atribuir a competência aos tribunais portugueses ou indianos, conforme as particularidades do caso (cf. art.º 62.º do CPC). Ora muitas vezes as grandes empresas não querem correr o risco de ver as suas disputas resolvidas pelos tribunais domésticos da contraparte, dos quais não raro desconfiam. É verdade que, aquando da celebração do contrato, as partes podem não só escolher o direito substantivo aplicável, *lex causae*, mas também o foro. Só que isto fica dependente do direito processual do Estado onde se situa o tribunal eventualmente escolhido pelas partes. Esta circunstância poderá ser ultrapassada se for eleito um foro do agrado de ambas no contexto de uma arbitragem comercial internacional porquanto as leis que a disciplinam são, na generalidade dos países, *arbitration friendly* seguindo a UNCITRAL Model Law. Com efeito, a neutralidade do foro tem também sido uma das razões determinantes na escolha da via da arbitragem comercial internacional[40]. Nesta, as partes podem acordar na convenção de arbitragem, designadamente através da cláusula compromissória, que um eventual litígio ficará entregue a uma instituição internacional como, por exemplo, o London Court of International Arbitration (LCIA) ou a International Chamber of Commerce (ICC).

TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[40] V., por todos, BORN, G. International Arbitration: law and practice, Kluwer Law International, 2012, p. 10 e MOSES, M.L. The principles and practice of international commercial arbitration, Cambridge University Press. 2012, p. 3.

Ao incorporarem as regras processuais de uma ou outra na respetiva convenção de arbitragem, as partes estão, em geral, a aceitar que a instituição em causa preste assistência na nomeação dos árbitros, resolva o processo de recusa e substituição destes, estabeleça os respetivos honorários e designe o lugar da arbitragem.

Se é certo que o Regulamento (CE) n.º 44/2001 (posteriormente alterado pelo Regulamento n.º 1215/2012, de 12 de Dezembro), conhecido por Regulamento Bruxelas I, fixa um regime relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, o mesmo tem um âmbito marcadamente europeu. Importaria que existisse um diploma que regulasse o reconhecimento e a execução de sentenças a um nível internacional mais vasto. Logra-se este desidrato com a Convenção de New York de 1958 sobre o reconhecimento e execução das decisões arbitrais estrangeiras, da qual são signatários mais de 150 países. E é também esta mais uma das razões da preferência pela arbitragem comercial internacional. A possibilidade das partes e instituições arbitrais escolherem juízes árbitros particularmente especializados tem também sido apontado como outro motivo da preferência pela arbitragem comercial internacional.

Com exceção de alguns processos de natureza penal, a grande maioria das audiências de julgamento nos tribunais domésticos é pública. Contrastando com esta característica está a natureza confidencial ou, pelo menos, reservada presente nas audiências arbitrais. Trata-se de algo atrativo para as grandes empresas que procuram a todo o custo evitar qualquer exposição e/ou julgamento na praça pública eventualmente atentatório do respetivo bom nome comercial.



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

A UNCITRAL Model Law estabelece no seu art.º 34.º que apenas a invocação da anulabilidade pode colocar em causa uma decisão arbitral. Por seu turno, a LAV, no seu art.º 39.º, n.º 4, consagra a regra geral da irrecorribilidade das decisões arbitrais sendo, no entanto, possível o recurso, mas somente quando as partes nisso acordarem. Quanto às arbitragens institucionais é necessário ter em conta o Regulamento da instituição em causa. Por exemplo, no art.º 29.º, n.º 2 do Regulamento do CIMPAS consta: "Da decisão arbitral cabem para o Tribunal da Relação os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal de comarca." E o Regulamento do CICAP (Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto) estabelece, no art.º 15.º, n.º 4, que é possível recurso se o valor da ação for superior à alçada do tribunal judicial de primeira instância. E se uma sentença arbitral não for recorrível, significa que passa a ser inatacável? Quer a UNCITRAL Model Law (e a LAV, pois nesta se inspira), quer a Convenção de New York elencam uma série de fundamentos para a anulação de uma decisão arbitral e recusa de reconhecimento (e execução) respetivamente. São eles na UNCITRAL Model Law (cf. art.º 34): incapacidade de uma das partes, falta de informação de qualquer uma das partes sobre o processo arbitral e/ou a nomeação de um árbitro, sentença sobre litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou sobre matérias que ultrapassam o âmbito desta, constituição do tribunal ou processo arbitrais não conformes com o acordo das partes. Estes deverão ser invocados pelas partes. Por outro lado, outros são de conhecimento oficioso: objeto do litígio não suscetível de ser decidido por arbitragem e sentença contrária à ordem pública. *Mutatis mutandis* todos estes fundamentos estão também presentes no art.º 46.º, n.º 3 da LAV.

> Tribunais arbitrais: à margem do Estado de Direito?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

Porém, aqui acrescentam-se a proibição de *extra vel ultra petitum* e da omissão de pronúncia [cf. art.º 46.º, n.º 3, al. a) v)], a falta de redução a escrito e assinatura da sentença pelos árbitros, assim como a falta de fundamentação da mesma, exceto quando esta última é permitida pelas partes [cf. art.º 42.º, n.ºs 1 e 3 *ex vi* art.º 46.º, n.º 3, al. a) vi)], a notificação da sentença fora do prazo máximo previsto no art.º 43.º [cf. art.º 46.º, n.º 3, al. a) vii)]. Acresce que assumem particular relevância os princípios fundamentais previstos no art.º 30.º quando a violação de qualquer um deles tem influência decisiva na resolução do litígio [cf. art.º 46.º, n.º 3, al. a) ii)]. São eles o princípio da citação (e participação) do demandado [cf. art.º 30.º, n.º 1, al. a)], princípio da igualdade [cf. art.º 30.º, n.º 1, al. b) da LAV, também presente no art.º 18.º da UNCITRAL Model Law] e princípio do contraditório [cf. art.º 30.º, n.º 1, al. c)]. Tratam-se de princípios decorrentes do processo equitativo (*due process*). Numa arbitragem realizada em Portugal, seja de natureza doméstica ou internacional (cf. art.º 51.º, n.º 2 da LAV), na qual a violação de qualquer um dos princípios mencionados tenha sido relevante para a decisão da causa, a respetiva sentença é passível de impugnação com fundamento no art.º 46.º, n.º 3, al. a) ii da LAV.



O art.º 46.º, n.º 3, al. b) ii) da LAV faz referência à ordem pública internacional do Estado português. Esta "não admite a validade de uma sentença arbitral em qualquer circunstância, ou seja, quer se trate quer não se trate de uma sentença arbitral proferida em arbitragem doméstica localizada em Portugal…certas normas e certos princípios e valores essenciais da ordem pública nacional integram o núcleo restrito da *ordem pública internacional do Estado português*"[41] Representará isto um controlo de mérito? Para Pereira Barrocas sim. "Apenas em dois casos o tribunal estadual pode conhecer do mérito da sentença arbitral: - o primeiro, verifica-se no caso de a apreciação da ordem pública internacional do Estado português poder implicar o conhecimento do mérito da causa. Todavia, esta situação excecional só permite ao tribunal estadual conhecer do mérito para o fim específico da apreciação da ordem pública internacional do Estado português e nada mais, com todos os efeitos que isso possa representar para a sorte da sentença arbitral; - o segundo, verifica-se…no caso do recurso previsto no artigo 39.º, número 4"[42]



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

[41] PEREIRA BARROCAS, M., *op*. cit., p. 177,

[42] LIMA PINHEIRO, L. Estudos de Direito Internacional Privado, Almedina, Coimbra, 2006, p. 461.

No que respeita ao reconhecimento e execução de uma decisão arbitral proferida no estrangeiro, a ordem pública internacional do Estado português [cf. art.º 56, n.º 1, al. b) ii da LAV e V, n.º 2 al. b) da Convenção de New York] constitui igualmente fundamento de recusa daquela. É discutível se o fundamento da ofensa à ordem pública internacional de um Estado representa um controlo de mérito. Repare-se, por exemplo, que o Regulamento Bruxelas I (já mencionado) permite o não reconhecimento das decisões judiciais manifestamente contrárias à "ordem pública do Estado-Membro requerido" [cf. art.º 45.º, n.º 1, al. a)] sem deixar de ser perentório em referir que "As decisões proferidas num Estado-Membro não podem em caso algum ser revistas quanto ao mérito da causa no Estado-Membro requerido" (cf. art.º 52.º). Ora quanto ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras tudo aponta no sentido de se encontrar também aí vedado qualquer controle de mérito. Afirma Lima Pinheiro "O sistema de reconhecimento instituído pela Convenção de Nova Iorque é fundamentalmente formal…o Estado de reconhecimento não pode controlar o Direito que foi aplicado pelos árbitros ao mérito da causa."[43]

Em síntese, diremos que as arbitragens não são de todo realizadas à margem do Estado de Direito (*rule of law*), encontrando-se, ao invés, sempre sujeitas a escrutínio rigoroso. Na hipótese de ser possível o recurso, as decisões arbitrais estão sujeitas a um controlo de mérito. No contexto da anulação, esta tem um efeito cassatório.

TRIBUNAIS ARBITRAIS: À MARGEM DO ESTADO DE DIREITO?



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

Conclusão

43

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o direito de acesso a um tribunal e à tutela por este garantida representa, indubitavelmente, um dos mais elevados direitos fundamentais, sem o qual não será nunca possível falar na existência de um real sistema de justiça ou na subsistência de um Estado de Direito. E não basta que aquele direito se configure como uma aspiração teórica e programática, sem conteúdo material atual. Tem necessariamente de vir acompanhado das condições substanciais e objetivas indispensáveis à sua imediata realização.

Daqui não se segue, contudo, que estejamos perante um direito absoluto e totalmente incondicionado. Como todos os direitos fundamentais, o direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva faz parte de um sistema axiológico integrado também por outros valores com os quais tem de ser harmonizado. Dessa necessidade de harmonização podem resultar restrições ou limitações ao seu conteúdo. O que não pode, em caso algum, é acabarem essas restrições por atingir o seu núcleo essencial, eliminando-o, na prática, da ordem jurídica estabelecida. A existirem limitações, o que importa avaliar é a sua necessidade e proporcionalidade, assegurando que, de qualquer modo, é respeitado o mencionado núcleo essencial de cada um dos direitos não sendo posta em causa a essência dos mesmos de tal maneira que resultem anulados.

No que diz respeito especificamente ao problema da arbitragem, observadas as exigências legais, designadamente os requisitos de imparcialidade e independência dos árbitros, a existência de tribunais arbitrais pode enquadrar-se no conceito de tribunal referido no art.º 6.º da CEDH. As arbitragens não são de todo realizadas à margem do Estado de Direito, sendo, ao invés, objeto de rigoroso escrutínio seja através do recurso (quando admissível) da sentença arbitral, seja através da possibilidade de esta ser impugnada por um tribunal estadual.



PROFESSOR DOUTOR PAULO DE BRITO

Bibliografia

ANACLETO COSTA, P. J. O acesso à justiça como direito fundamental de todos os cidadãos, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, s. d.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Enquadramento constitucional e legal da independência dos magistrados, [Assembleia da República], [Lisboa], s.d.

BACHOF, O. Normas constitucionais inconstitucionais? tradução portuguesa, Almedina, Coimbra, 2001.

BAPTISTA MACHADO, J. "A Cláusula do Razoável". *João Baptista Machado: obra dispersa*, vol. I, Scientia Ivridica, Braga, 1991, p. 465.

BAPTISTA MACHADO, J. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina, Coimbra, 1989.

BEDDARD, R., Human rights and Europe, 3rd. ed., Cambridge University Press, Cambridge, cop. 1993.

BIGOTTE CHORÃO, M. Introdução ao Direito, vol. I, Almedina, Coimbra, 1989.

BORN, G., International Arbitration: law and practice, Kluwer Law International, 2012.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), last update 31.08.2019, Council of Europe, Strasbourg, 2019.

GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, volume I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

LIMA PINHEIRO, L. Estudos de Direito Internacional Privado, Almedina, Coimbra, 2006.



PROFESSOR DOUTOR

MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. Constituição Portuguesa Anotada, Volume I: Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais: artigos 1.º a 79.º, 2.ª ed., revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017.

MOSES, M.L. The principles and practice of international commercial arbitration, Cambridge University Press. 2012.

PEREIRA BARROCAS, M. Lei de Arbitragem Comentada, Almedina, Coimbra 2013.

SANTOS JUSTO, A., Introdução ao Estudo do Direito, 12ª ed., Petrony, Lisboa, 2021.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Acórdão de 16.12.2003 (G. Ress), *in* http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44660, website acedido em 2020.05.18.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Acórdão de 16.12.1992 (R. Ryssdal), *in* http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57778, website acedido em 2019.05.18.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão de 02.07.1997 (Alves Correia), *in* www.dgsi.pt, website acedido em 2019.05.18

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão de 04.07.1984 (Nunes de Almeida) *in* http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840071.html, website acedido em 2019.05.17.