

RECURSO PARA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS (*)

MIGUEL GALVÃO TELES

1. É costume distinguir, no âmbito da chamada fiscalização jurisdicional ou judicial ⁽¹⁾ da inconstitucionalidade (ou da constitucionalidade, tanto importa), a fiscalização *abstracta* e a fiscalização *concreta*. Não simpatizo com o termo “fiscalização”, que vem de tempos passados e apresenta algum significado “policial”, acentuando os aspectos de supervisão da actividade legislativa em detrimento dos que respeitam ao conhecimento do valor (ou desvalor) jurídico dos actos ou das prescrições. Por outra parte, os termos *abstracta* e *concreta* são, no contexto impróprios: tão concreta é a fiscalização dita concreta como a dita *abstracta*. O que as diferencia é o modo como a questão de (in)constitucionalidade ⁽²⁾

(*) O presente artigo, que representa a minha contribuição para a homenagem a um velho, querido e admirado amigo, José Manuel Sérvulo Correia, teve por base uma intervenção feita no III Congresso de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial de Lisboa, realizado nos dias 16 e 17 de Julho de 2009. A recolha de material para o artigo teve, em regra, 31 Maio de 2009 como limite. Há tempos organizei, na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, com a colaboração do António Sampaio Caramelo e do Filipe Vaz Pinto, um seminário com estagiários sobre aspectos constitucionais da arbitragem, em que participaram João Mayer Moreira, Victória Lopes-Cardoso, Isabel Carneiro, Tiago Geraldo e António Maria Cid. Foram tratados vários temas, entre os quais aquele que constitui o objecto deste estudo. A Prof.^a Doutora Paula Costa e Silva deu-me uma indicação preciosa e a Margarida Torres da Gama, o José Azevedo Moreira e o Nuno Pissarra ajudaram. A todos agradeço a cooperação.

(1) Fiscalização jurisdicional e judicial não significam necessariamente a mesma coisa. A caracterização de *jurisdicional* atende à função, a de *judicial* ao órgão. Aliás, de fiscalização judicial pode falar-se em variadas acepções, conforme se abranjam só os tribunais judiciais (nas ordens jurídicas em que estes constituam uma categoria separada), todos os tribunais do Estado ou (já talvez imprópriamente) todos os tribunais, incluindo os tribunais arbitrais. Os conceitos de função jurisdicional e função judicial poderão ser secantes, num duplo aspecto. Se se tomar uma acepção restrita de “judicial”, é possível haver fiscalização jurisdicional que não seja judicial: por exemplo, a que for efectuada por tribunais administrativos, por tribunais arbitrais e até por um tribunal constitucional. Doutro lado, não é impossível uma fiscalização por tribunal que não se insira no exercício da actividade jurisdicional. Para lá da chamada “jurisdição voluntária”, será *porventura* o caso (sublinho “porventura”, como expressão de dúvida), em Portugal, da fiscalização preventiva pelo Tribunal Constitucional.

(2) Caracterizar a questão como de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade corresponde a dois modos de formular uma pergunta, cada um dos quais implica necessariamente

surge no processo: na fiscalização chamada *abstracta*, a questão de inconstitucionalidade aparece como *questão principal*, objecto de pedido (se se quiser configurar o processo por via de uma construção assente no conceito de pedido); na fiscalização dita *concreta*, a questão de inconstitucionalidade surge como *questão prévia* de outra (seja de mérito, seja processual), que o tribunal é chamado a decidir.

De qualquer modo, e deixados estes esclarecimentos, manteremos a utilização das expressões “fiscalização concreta” ou “fiscalização jurisdicional concreta”, de tal modo elas se enraizaram nos hábitos.

2. É ainda costume distinguir, no que toca à fiscalização jurisdicional concreta, dois modelos: o da fiscalização *difusa* e o da fiscalização *concentrada*. Na pureza do sistema difuso, provindo dos Estados Unidos da América, a questão de inconstitucionalidade é tratada como uma questão prévia de direito igual a qualquer outra, sobre a qual o tribunal se pronuncia, se da sua solução depender a decisão da questão relativamente à qual aquela apareça como prejudicial. Por ser tratada como qualquer outra questão de direito, a questão de inconstitucionalidade não possui regime processual autónomo. Pode ser discutida em recurso, enquanto fundamento de impugnação ou de resposta a impugnação e de decisão.

O sistema de fiscalização concreta concentrada teve origem na Constituição austríaca de 1920, na reforma de 1929, e foi, logo após a II Grande Guerra, adoptada em Itália e na República Federal da Alemanha. O aparecimento e a adopção em ambientes jurídicos tão sofisticados como os acabados de referir fez que o acolhimento do regime se fosse alargando. Aqui importa apenas referir que vigora em Espanha, nos termos da Constituição de 1978. Na pureza do sistema, e conforme se costuma dizer, só um tribunal (por regra um tribunal constitucional) conhece das questões de inconstitucionalidade, pelo menos das que respeitem a actos ou prescrições com certo estatuto, mais exactamente, só um tribunal se pode pronunciar vinculativamente no sentido da inconstitucionalidade. Quando a questão de inconstitucionalidade é suscitada num qualquer processo, em primeira instância ou em recurso, pelas partes ou pelo próprio tribunal, e verificados certos requisitos (em particular, que o tribunal *a quo* considere que há inconstitucionalidade ou que entenda que uma arguição nesse sentido não é manifestamente infundada), a questão de inconstitucionalidade é remetida para o tribunal constitucional e o processo no tribunal *a quo* fica suspenso

o outro. No fundo, a questão respeita a uma alternativa e é indiferente designá-la de uma maneira ou de outra, porque a maneira omitida estará sempre implícita. Por comodidade e seguindo os hábitos, falarei doravante por regra em “questão de inconstitucionalidade”. É, aliás, a fórmula que se encontra na Constituição portuguesa (art. 280.º, n.º 6) e na Lei do Tribunal Constitucional (art. 71.º, n.º 1).

até decisão, por aquele outro tribunal, da questão. Tal decisão vincula no processo e, em regra, pelo menos se for no sentido da inconstitucionalidade, tem eficácia geral. Os tribunais “comuns” não podem fundar decisões suas em juízos de inconstitucionalidade sem abrirem o *incidente*, a não ser que haja já declaração com força obrigatória geral. Trata-se, pois, de um regime de concentração de competência para a decisão sobre inconstitucionalidade com reserva de *exclusivo*.

3. O exclusivo da fiscalização jurisdicional de inconstitucionalidade pode vir acompanhado de reserva de competência quanto ao conhecimento de meios especificamente criados para protecção dos direitos fundamentais: a *Verfassungsbeschwerde* alemã, o *recurso de amparo* espanhol, por exemplo. Mas não há uma relação necessária entre a instituição desses meios e a concentração de competência para o conhecimento da inconstitucionalidade. Se esta existir e aqueles meios forem criados, é natural que a competência para sobre eles decidir pertença ao tribunal constitucional, em virtude de a determinação e a protecção dos direitos fundamentais provir hoje, no essencial e nos sistemas jurídicos nacionais, das constituições. Mas há ordens jurídicas com concentração de competência, em regime de exclusivo, para o conhecimento da inconstitucionalidade, sem que se encontrem estabelecidos meios de defesa dos direitos fundamentais do tipo da *Verfassungsbeschwerde* (é o caso da Itália); e ordens jurídicas existem onde se encontram consignadas vias específicas de protecção de direitos fundamentais, mas onde não há tribunal constitucional, cabendo a decisão naqueles meios a um supremo tribunal. É o que se passa no Brasil com o *mandado de segurança* e em diversos outros países da América latina com o *recurso de amparo* ou de *tutela*. Aliás, as figuras do estilo do mandado de segurança ou do recurso de amparo ou tutela, bem como aquela que esteve na origem de meios específicos para a protecção de direitos individuais contra actos de poder público — o *habeas corpus* —, são bem anteriores à criação de tribunais constitucionais.

4. Cada um dos modelos de fiscalização de inconstitucionalidade apresenta variantes, que se afastam mais ou menos da pureza inicial. Mas há um sistema, com características peculiares, que tem sido considerado um modelo misto. Tem origem na actual Constituição portuguesa e sofreu alguma evolução, por via de revisões daquela, especialmente da primeira revisão constitucional, em 1982.

O ponto de partida é a fiscalização difusa: os tribunais encontram-se proibidos de aplicar normas “*que infrinjam o disposto [na] Constituição ou os princípios nela consignados*” (art. 204.º da CRP, na numeração actual). Porém, a própria Constituição estabelece uma “abertura” específica de recurso, relativa a inconstitucionalidade de normas, e para um tribunal próprio, o Tribunal Constitucional. Deixando de lado aspectos respeitantes a ilegalidades qualifi-

cadadas e a ofensa de convenções internacionais, a via de recurso encontra-se aberta:

- a) quando um tribunal tenha recusado a aplicação de norma com fundamento em inconstitucionalidade (CRP, art. 280.º, n.º 1, al. a));
- b) quando tenha aplicado norma cuja inconstitucionalidade haja sido (devidamente) suscitada durante o processo (CRP, art. 280.º, n.º 1, al. b)).

O recurso para o Tribunal Constitucional de decisão que (em processo no qual a questão de inconstitucionalidade tenha sido suscitada) não recuse a aplicação de norma por inconstitucionalidade só pode ser interposto se não for já admitido recurso ordinário ⁽³⁾. Ao invés, no caso de decisão que recuse a aplicação de norma por inconstitucionalidade, a parte vencida fica com a opção de recorrer logo para o Tribunal Constitucional, com diferimento da interposição do recurso ordinário que caiba, ou de interpor o recurso ordinário, deixando para momento subsequente a eventual interposição de recurso para o Tribunal Constitucional (Lei do Tribunal Constitucional ou LTC, arts. 70.º, n.ºs 2, 4 e 6, e 80.º, n.º 4).

Havendo desaplicação, por inconstitucionalidade, de norma constante de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar, o recurso é, por imposição da própria Constituição, obrigatório para o Ministério Público (art. 280.º, n.º 2, da CRP; cfr. LTC, art. 72.º, n.º 4).

A decisão, seja ou não no sentido da inconstitucionalidade, produz efeito no processo e só nele. Porém, havendo três decisões a julgarem inconstitucional uma norma, pode o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade da norma com eficácia geral.

5. O regime acabado de sumariar, adoptado, no essencial, em 1982, teve origem em soluções, que a si próprias se caracterizavam como provisórias, estabelecidas na versão originária da Constituição e provenientes da Segunda Plataforma de Acordo Constitucional entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos políticos, de Fevereiro de 1976. Assentou-se aí em que o Conselho da Revolução se manteria por um período transitório e que teria um papel na fis-

(3) LTC, art. 70.º, n.º 2. Não há, porém, ónus de exaustão de recursos ordinários. Deixou de ser admitido recurso ordinário, não só se os recursos que couberem tiverem sido esgotados, como se houver renúncia ou o recurso não tiver sido interposto (art. 70.º, n.º 4). O que sucede é que, depois de interposto o recurso de inconstitucionalidade, já não pode ser interposto recurso ordinário.

calização da inconstitucionalidade. Porém, a atribuição desse papel impunha que se criasse, junto do Conselho, um órgão independente e qualificado. Foi a *Comissão Constitucional*, presidida por um membro do Conselho da Revolução e composta por mais oito membros de origens variadas (quatro designados pela magistratura, um pelo Presidente da República, um pela Assembleia da República e dois pelo Conselho de Revolução). No que toca à fiscalização chamada abstracta, preventiva ou sucessiva, a Comissão Constitucional funcionava como órgão de consulta necessária do Conselho da Revolução. Era impensável conferir ao Conselho da Revolução um qualquer papel na fiscalização concreta. Mas a Comissão Constitucional possuía, pela sua composição, todas as condições para, nesse tipo de fiscalização, funcionar como um tribunal de constitucionalidade. Na preparação do Pacto, o Conselho sugeriu que se adoptasse o incidente de inconstitucionalidade, à maneira italiana e alemã. O PPD recebeu a proximidade entre a Comissão Constitucional e o Conselho da Revolução e propôs que aquela apenas intervisse na fiscalização concreta quando o tribunal “comum” se tivesse pronunciado no sentido da inconstitucionalidade. Isto implicava que o acesso à Comissão Constitucional se fizesse por via de recurso. Tal foi a proposta do PPD, elaborada por Barbosa de Melo e Cardoso da Costa. Foram eles quem concebeu o que se pode chamar o modelo português de fiscalização concreta da inconstitucionalidade. A sugestão do PPD acabou por ser aceite pelos outros partidos e pelo Conselho da Revolução, com o aditamento de que caberia também recurso para a Comissão Constitucional quando o tribunal “comum” aplicasse norma anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão (4).

Quando, em 1982, o Conselho da Revolução foi extinto e a Comissão Constitucional foi substituída por um tribunal constitucional puro, houve proposta no sentido de se evoluir para o regime de incidente. Mas existia uma experiência do recurso de inconstitucionalidade que não era negativa e prevaleceu o argumento, aduzido sobretudo por Vital Moreira, de que o reenvio prejudicial de certo modo “desligaria” o juiz comum da Constituição (5). Manteve-se, assim, o sistema do recurso de inconstitucionalidade, alargado à hipótese em que o tribunal “comum” não haja desaplicado norma, desde que a questão de inconstitucionalidade tenha sido perante ele suscitada.

(4) Miguel Galvão Teles, “A Segunda Plataforma de Acordo Constitucional entre o Movimento das Forças Armadas e os Partidos Políticos”, in Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 10 anos da Constituição de 1976*, vol. III, Coimbra, 1998, pp. 681 e ss.

(5) Vide Miguel Galvão Teles, “A Competência da Competência do Tribunal Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional* (Colóquio no 10.º aniversário do Tribunal Constitucional), 1995, p. 125.

6. Pode dizer-se que há um modelo português de fiscalização concreta de inconstitucionalidade, o qual apresenta, como todos, vantagens e inconvenientes. Tem beneficiado da virtude trazida pela elevadíssima qualidade técnica dos juizes que serviram e que servem um tribunal específico de inconstitucionalidade, fosse a Comissão Constitucional, seja agora o Tribunal Constitucional.

O sistema migrou, com modificações e variantes, para alguns países de língua portuguesa, antes de mais o Brasil. Aí, nos termos da Constituição em vigor, o tribunal específico de constitucionalidade é o Supremo Tribunal Federal, que, para além de fiscalização abstracta (Const., art. 102.º, n.º 1, al. *a*)), intervém mediante recurso extraordinário, fundado na ofensa, pela decisão recorrida, de disposição constitucional (art. 102.º, III). O recurso só pode ser interposto de decisões tomadas em única ou última instância e a sua admissão depende de o Supremo Tribunal entender que a questão constitucional tem repercussão geral (art. 102.º, III, § 3.º).

Um sistema misto de fiscalização difusa e concentrada encontra-se também estabelecido em Moçambique. O órgão específico de constitucionalidade é o Conselho Constitucional (Const., arts. 241.º e ss.). Além do mais, este pronuncia-se sobre decisões que tenham recusado a aplicação de normas por inconstitucionalidade. Aspecto muito particular reside em que o processo é remetido ao Conselho pelo próprio tribunal que proferiu a decisão, independentemente de recurso (arts. 67.º e ss. da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto) ⁽⁶⁾. Onde o regime se mostra muito próximo do português é em Angola, tanto no domínio da Lei Constitucional de 1992 (art. 134.º, als. *d*) e *e*)) como na da Constituição de 2010 (art. 180.º, n.º 2, als. *d*) e *e*)), e em Cabo Verde (Const., art. 276.º). Na República de Timor-Leste há sempre recurso para o Supremo Tribunal de Justiça das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de norma por inconstitucionalidade ou que apliquem norma arguida, no processo, de inconstitucionalidade (Const., art. 152.º). Na Guiné-Bissau o regime é de incidente, com concentração no Supremo Tribunal (Const., art. 126.º).

7. O tema que aqui antes de mais interessa é o de saber como é que, segundo os sistemas, se põe e pode ser resolvido o problema da competência dos tribunais arbitrais para conhecerem da inconstitucionalidade de normas ou para abrirem ou relativamente a elas serem abertos processos de conhecimento ou de reapreciação do conhecimento de questões de inconstitucionalidade.

Num modelo de fiscalização difusa puro, e desde que possa haver recurso de decisão de tribunal arbitral para tribunais do Estado, a solução será simples.

⁽⁶⁾ Lei Orgânica do Conselho Constitucional. A Lei n.º 5/2008, de 9 de Julho, não alterou os preceitos relevantes para os efeitos referidos no texto.

Não haverá razão para que os tribunais arbitrais, pelo menos se forem propriamente tribunais, não conheçam da inconstitucionalidade das disposições relevantes. Configure-se a situação como de conflito de normas na aplicação ou como de eventual ineficácia ou nulidade de actos normativos ou de prescrições, sempre o tribunal arbitral, que haja de decidir segundo o direito, deverá dar preferência à norma hierarquicamente superior ou atender à ineficácia ou à nulidade da prescrição. Para que as coisas se apresentem com esta simplicidade, é apenas necessário que, *grosso modo*, *lex arbitrii* e direito aplicável coincidam. Porém, uma tal exigência é paralela à que se requer para os tribunais estaduais, de coincidência entre foro e direito aplicável. Aliás, se as coincidências não se verificarem, os problemas mantêm paralelismo — agora quanto à inconstitucionalidade de lei estrangeira perante a sua Constituição (e, porventura, de reserva de ordem pública internacional).

Por sua vez, o recurso com fundamento em inconstitucionalidade não tem autonomia e seguirá o regime geral dos recursos. Se couber recurso, o fundamento tanto poderá consistir na inconstitucionalidade como ser um qualquer outro. Se a lei ou a convenção de arbitragem excluírem o recurso da decisão arbitral, não haverá recurso com nenhum fundamento, seja inconstitucionalidade, seja qual outro for. A admissibilidade de recurso com o específico fundamento de inconstitucionalidade só poderia resultar de convenção das partes na arbitragem.

Bem se sabe que hoje a maioria das legislações excluem, em conformidade com a Lei — Modelo da UNCITRAL, recurso das decisões dos tribunais arbitrais voluntários, a não ser aquilo que, no nosso direito, é tratado como acção de anulação (*“application for setting aside the arbitral award”*). Se, porém, um dos fundamentos da impugnação puder ser e tiver sido a ofensa da ordem pública por aplicação de norma inconstitucional, o juízo do tribunal arbitral, explícito ou implícito, a esse propósito pode ser reapreciado e, se houver recurso da decisão sobre a impugnação, a questão de inconstitucionalidade (mas aqui sempre da perspectiva da ordem pública) pode aparecer nos fundamentos.

8. Diferentemente e de modo bem mais complexo se configuram as coisas quando o sistema de fiscalização concreta é o de *incidente de inconstitucionalidade* ou, o que significa o mesmo, de *reenvio prejudicial*.

Há casos em que o texto constitucional fornece explicitamente, embora não de forma directa, a solução. É o que se passa na Áustria, onde a faculdade de desencadear o incidente de inconstitucionalidade se encontra, em princípio, reservada aos tribunais supremos e de segunda instância (Const., art. 140.º). Normalmente, porém, as disposições da Constituição aludem apenas a juízes, tribunais ou órgãos judiciais. Assim acontece em Itália, com o art. 1.º da Lei Constitucional n.º 1, de 9 de Fevereiro de 1948, que fala de *“giudice”* e de *“giudizio”*;

na Alemanha, com o art. 100 (1) da *Grundgesetz*, que refere “*Gericht*”; e em Espanha, com o art. 163.º da Constituição, que menciona “*órgano judicial*”.

No caso espanhol, a letra de preceito inculca claramente a exclusão da competência dos tribunais arbitrais para efectuarem o reenvio prejudicial — e assim se tem entendido ⁽⁷⁾. Orientação semelhante aparece adoptada na Alemanha, pela doutrina ⁽⁸⁾. Num e noutro caso, a doutrina tem-se louvado, também, na posição seguida pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia ⁽⁹⁾. E, em rigor, o que, num caso ou noutro, se exclui são os tribunais arbitrais voluntários.

Solução inteiramente oposta foi acolhida em Itália. A sentença n.º 376/2001 da *Corte Costituzionale* entendeu que, para haver “*giudizio*”, é suficiente que se verifique o exercício de “*funções judicantes com objectiva aplicação da lei*” por sujeitos, “*ainda que estranhos à organização da jurisdição*”, “*colocadas em posição **super partes***”. E admitiu incidente de inconstitucionalidade aberto por tribunal arbitral.

Problema que sobra nos sistemas nos quais exista concentração de competência por via de incidente, mas em que não se mostre permitido o acesso dos tribunais arbitrais ao tribunal constitucional, é o de saber se, aí, os tribunais arbitrais podem recusar a aplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade. Mas o tema excede largamente o âmbito deste texto.

9. Em Portugal, é legalmente possível a existência (para lá da acção de anulação) de recurso das decisões dos tribunais arbitrais para os tribunais do Estado. De harmonia com o art. 29.º, n.º 1, da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV), no que toca às arbitragens internas, “*se as partes não tiverem renunciado aos*

(7) Bernardo M. Cremades, “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española”, in *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, n.º 1, 2006 (disponível em <http://www.limaarbitration.net/LAR1.htm>), p. 190; “Crónica de Legislación y Jurisprudencia — Arbitraje”, in *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, n.º 11, Maio-Agosto de 2005 (disponível em http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n11/09Arbitraje.pdf), p. 134. Cfr. também, ainda que a propósito da impugnação de uma sentença arbitral por meio do recurso de amparo, a afirmação constante da decisão do Tribunal Constitucional de Espanha 259/1993, em *obiter dictum*, segundo a qual “[e]l árbitro (...) no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 C.E.)...”.

(8) Maunz/Dürig *et al.*, *Grundgesetz. — Kommentar*, Band VI, Beck, München, art. 100, n.º 28; Stern *et al.*, *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, art. 100, n.º 13; Mangoldt/Klein/Starck, *Das Bonner Grundgesetz — Kommentar*, München, art. 100, abs. 1, n.º 16; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz — Kommentar*, München, 1998, § 80, n.º 188, p. 148.

(9) Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 23 de Março de 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG*, Processo 102/81.

recursos, da decisão arbitral cabem para o tribunal da relação os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal de comarca" (10); quanto às arbitragens internacionais, *"a decisão do tribunal não é recorrível, salvo se as partes tiverem acordado a possibilidade de recurso e regulado os seus termos"* (art. 34.º).

Deste modo, uma questão de inconstitucionalidade de norma aplicada ou desaplicada por decisão arbitral pode ser fundamento de recurso para a Relação e porventura para o Supremo Tribunal de Justiça, com acesso ao Tribunal Constitucional por via de recurso de decisão de um destes tribunais do Estado. Assim sucedeu com a norma do art. 36.º do Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Novembro, que criou um tribunal arbitral necessário (11). Por três, vezes, o Tribunal Constitucional, em recurso de decisões do Tribunal da Relação ou do Supremo Tribunal de Justiça, considerou a mencionada disposição do art. 36.º, que criava o próprio tribunal arbitral necessário, como organicamente inconstitucional (12). Também diversos acórdãos do órgão de constitucionalidade julgaram, em recursos ainda de tribunais do Estado, sobre a conformidade com a Constituição, que reconheceram, de preceitos dos Códigos das Expropriações respeitantes a arbitragem necessária para fixação de indemnização (13).

10. Viu-se atrás que, no sistema português de fiscalização concreta, é possível o recurso directo da primeira decisão para o Tribunal Constitucional — sem necessidade de renúncia aos recursos ordinários, quando a decisão desaplique norma com fundamento em inconstitucionalidade, com necessidade de renúncia aos recursos ordinários ou de não interposição destes, se a norma não tiver sido desaplicada. Pergunta-se: poder-se-á recorrer para o Tribunal Constitucional directamente de tribunal arbitral? E, antes disso, poderão os tribunais arbitrais recusar a aplicação de normas por inconstitucionalidade?

O art. 204.º da Constituição afirma que *"nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados"*. Por seu turno, o art. 280.º abre dizendo que *"cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais..."*. O problema que aqui se suscita apresenta (mais quanto ao segundo ponto do que quanto ao primeiro) alguma semelhança com o que se levantou nos regimes de fis-

(10) Nos termos do n.º 2. *"a autorização dada aos árbitros para julgarem segundo a equidade envolve a renúncia aos recursos"*.

(11) Vide ainda a Portaria n.º 381/91, de 3 de Maio.

(12) Acórdãos n.ºs 33/96, 258/97 e 363/97.

(13) Por ex. Acórdãos n.ºs 757/95 e 259/97.

calização concentrada por incidente (Itália, Alemanha, Espanha) e reconduz-se à interrogação: os tribunais arbitrais são tribunais em sentido constitucional?

A versão originária da Constituição não referia os tribunais arbitrais e suscitou-se dúvida sobre se, perante um entendimento segundo o qual haveria numa reserva material de jurisdição para os tribunais, a arbitragem seria admissível, pelo menos com valor de julgado atribuído às decisões arbitrais⁽¹⁴⁾. A dúvida veio a ser ultrapassada pela revisão constitucional de 1982. O art. 212.º do texto constitucional enunciava, nos n.ºs 1 e 2, os tribunais que necessariamente existem, por imposição constitucional. O n.º 3 acrescentava: “*poderá haver tribunais administrativos e fiscais*”. Na versão de 1982, o art. 212.º unificou, sob o n.º 1, a enunciação dos tribunais necessariamente existentes e passou a referir, no n.º 2: “*Podem existir tribunais administrativos e fiscais, tribunais marítimos e tribunais arbitrais*”.

Mais tarde, os tribunais administrativos e fiscais passaram a ser objecto de imposição constitucional e o que é hoje o art. 209.º, n.º 2, diz: “*Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz*”.

Os tribunais arbitrais ficaram assim constitucionalmente admitidos, por forma expressa, enquanto tribunais. E a sua caracterização como tribunais em sentido constitucional veio a ser confirmada pelo Tribunal Constitucional. Em 1984 o Governo pretendeu deslocar a matéria da arbitragem voluntária do Código de Processo Civil para um diploma próprio e foi publicado o Dec.-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho. O Presidente da Assembleia da República e o Provedor de Justiça requereram a fiscalização abstracta sucessiva da inconstitucionalidade do decreto-lei, sendo um dos fundamentos vício orgânico, por virtude de o diploma dizer respeito a organização e competência dos tribunais, objecto de reserva legislativa parlamentar nos termos do que era então o art. 168.º, n.º 1, al. q), da CRP.

O Tribunal Constitucional pronunciou-se pelo Acórdão n.º 230/86, relatado pelo Conselheiro Martins da Fonseca e tirado em plenário (como acontece com todos os arestos proferidos em fiscalização abstracta), considerando, com dois votos de vencido integrais (num total de onze), que o diploma sofria de inconstitucionalidade orgânica.

Para tal efeito, o Tribunal Constitucional expressamente reconheceu que os tribunais arbitrais, tanto necessários como voluntários, eram constitucionalmente vistos como *verdadeiros tribunais*, embora não sejam “tribunais como os outros”, isto é, não sejam órgãos de soberania. A dúvida que se pôs foi a de saber se a reserva de competência parlamentar abrangia directamente todos os tribunais ou só os que tivessem a natureza de órgãos de soberania. O resultado seria, de

⁽¹⁴⁾ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1978, anotação ao art. 212.º, p. 400.

alguma sorte, o mesmo em qualquer dos entendimentos, visto que a definição da competência dos tribunais arbitrais limita a competência dos tribunais órgãos de soberania. Em qualquer caso, o Tribunal Constitucional considerou, por maioria, que a disposição constitucional sobre a reserva de competência legislativa parlamentar abrangia directamente os tribunais arbitrais ⁽¹⁵⁾.

No juízo do Tribunal Constitucional —, que veio ser reforçado pelo Acórdão n.º 52/92, tirado pela Conselheiro Assunção Esteves e respeitante à aplicabilidade à arbitragem das exigências constitucionais de independência e imparcialidade dos julgadores — *a arbitragem representa actividade jurisdicional e os tribunais arbitrais são tribunais em sentido constitucional*.

Consequência que daí imediatamente decorre é que, nos termos do hoje art. 204.º do CRP, também os tribunais arbitrais não podem, nos feitos submetidos a julgamento, aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

Mas há mais. Um diploma de 1960 (Dec.-Lei n.º 43335, de 19 de Novembro) previa que os diferendos entre distribuidores e consumidores de energia eléctrica em alta tensão fossem dirimidos por aquilo a que chamava uma comissão de peritos (art. 49.º das Condições Gerais anexas ao diploma). O Dec.-Lei n.º 296/82, de 28 de Julho, veio reformular o art. 49.º das mencionadas Condições Gerais, designando explicitamente a comissão para dirimir litígios como comissão arbitral, caracterizando-a como tribunal arbitral necessário e modificando o modo de designação do árbitro presidente (que deixaria de ser designado pelo Governo para passar a sê-lo por acordo dos árbitros indicados pelas partes ou, na falta dele, pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça). O Tribunal Constitucional considerou que o Dec.-Lei n.º 296/82 sofria de inconstitucionalidade orgânica ⁽¹⁶⁾. **E fê-lo em recursos directamente interpostos das comissões arbitrais**, que se tinham considerado competentes e regularmente constituídas ⁽¹⁷⁾. Nem importa determinar as razões pelas quais, não havendo desaplicação de norma, o recurso foi interposto directamente para o Tribunal Constitucional — se foi porque o Dec.-Lei n.º 296/82 excluía recursos (mas não podia excluir o recurso para o Tribunal Constitucional, se os tribunais arbitrais

⁽¹⁵⁾ Depois, nos arestos adiante referidos no texto a propósito do Dec.-Lei n.º 296/82, o Tribunal Constitucional baseou-se na indiferença, quanto ao resultado, entre um e outro dos entendimentos. Com a revisão constitucional de 1989 ficou claro, perante o que hoje é o art. 165.º, n.º 1, al. p), que a organização e competência dos tribunais arbitrais se encontra directamente abrangida pela reserva parlamentar de competência legislativa.

⁽¹⁶⁾ Isto apesar de o diploma ser anterior à lei de revisão constitucional de 1982. O Tribunal Constitucional veio afirmar que a falta de menção expressa na Constituição não obstava à legitimidade dos tribunais arbitrais e, por conseguinte, à constitucionalidade material do diploma.

⁽¹⁷⁾ Acórdãos n.ºs 289/86, 32/87, 59/87, 86/87 e 93/87.

forem tribunais para efeitos de Constituição, porque é esta que estabelece a possibilidade daquele recurso ⁽¹⁸⁾), se foi porque considerou que, de todo o modo, ao recorrer directamente para o Tribunal Constitucional a parte renunciou aos recursos ordinários que porventura coubessem.

O que importa é que, ao admitir o recurso directo para si, o Tribunal Constitucional reconheceu os tribunais arbitrais como tribunais que proferem decisões abrangidas pelo que é hoje o art. 280.º da Constituição.

11. Até aqui consideraram-se apenas casos referentes a tribunais arbitrais necessários. Valerá para a arbitragem voluntária a doutrina que deles resulta?

A este propósito sublinharei que a caracterização dos tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais, que exercem função jurisdicional, foi feita pelo Acórdão n.º 230/86 a propósito dos tribunais arbitrais voluntários.

De qualquer modo, o expresso *reconhecimento da admissibilidade de recurso directo para o Tribunal Constitucional de decisão de tribunal arbitral voluntário* encontra-se efectuado no Acórdão daquele Tribunal n.º 181/2007, tirado pelo Conselheiro Paulo Mota Pinto.

Estava em causa decisão da Comissão Arbitral da Liga Portuguesa de Futebol Profissional. A Liga é, juridicamente, uma associação de direito privado (art. 1.º dos Estatutos) e os Estatutos prevêm uma Comissão Arbitral (art. 52.º e ss.), afirmando o art. 55.º que *“a Liga e os clubes seus associados reconhecem expressamente a jurisdição da Comissão Arbitral, com exclusão de qualquer outra, para dirimir todos os litígios compreendidos no âmbito da Associação e emergentes, directa ou indirectamente, dos presentes Estatutos e Regulamento Geral”*.

Uma das competências da Comissão Arbitral é a de *“dirimir os litígios entre a Liga e os clubes membros ou entre estes, compreendidos no âmbito da associação”* (art. 54.º, al. b)). Nos litígios entre membros considerados como abrangidos pela competência da Comissão Arbitral contam-se os que respeitam a indemnizações pela formação de jogadores, admitidas pela Lei n.º 28/98, de 26 de Junho (art. 18.º), e previstas em Anexo ao Contrato Colectivo dos Jogadores Profissionais de Futebol. A Comissão Arbitral é composta por secções e pelo plenário; o Regulamento da Liga prevê recurso das secções para o plenário. Mas, segundo determina, as decisões do plenário *“não são susceptíveis de recurso”* (art. 158.º).

A jurisdição da Comissão Arbitral resulta da vontade dos clubes membros. Nos termos expressos do art. 56.º dos Estatutos, *“o acto de associação na Liga*

⁽¹⁸⁾ Restaria ainda saber se a norma do Dec.-Lei n.º 296/82, que explicitamente afastava, em geral, os recursos, não era, ela própria, organicamente inconstitucional.

determina para o clube associado a aceitação de todas as regras dos Estatutos e Regulamentos e a renúncia aos recursos sobre as decisões da Comissão Arbitral”. A Comissão Arbitral da Liga é, assim, um tribunal arbitral voluntário, consoante se encontra, aliás, afirmado pelo Tribunal da Relação do Porto ⁽¹⁹⁾, embora um tribunal arbitral permanente.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 181/2007 começa por assinalar que “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”.

O aresto, invocando anterior jurisprudência do Tribunal, atrás referida, afirma 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 e de recusar a aplicação das que considerem inconstitucionais”.

Assim se conferiu base jurisprudencial à recorribilidade, para o Tribunal Constitucional, também das decisões dos tribunais arbitrais voluntários ⁽²⁰⁾.

12. É óbvio que, em geral, a recorribilidade para o Tribunal Constitucional pressupõe uma delimitação, digamos, “espacial”.

Pode recorrer-se para o Tribunal Constitucional de decisões de tribunais que pertençam à ordem jurídica portuguesa ou nela se situem. É questão melindrosíssima, que excede largamente o objecto de presente texto, saber o que é que faz que um tribunal arbitral voluntário se localize numa ordem jurídica — e, em particular, na ordem jurídica portuguesa.

Aqui direi simplesmente, tomando outra consequência, que serão aqueles tribunais relativamente aos quais a anulação de decisão possa ser solicitada perante um tribunal estadual português; ou, passando para o âmbito normativo, aqueles que tenham a lei portuguesa com *lex arbitrii*. Tratar-se-á, *grosso modo*, das arbitragens com sede em Portugal (LAV, art. 37.º).

Por outra parte, em princípio só caberá recurso para o Tribunal Constitucional quando estiver em causa desconformidade com a Constituição (portuguesa) de

⁽¹⁹⁾ Acórdão de 23.03.2004, www.dgsi.pt, número convencional JTRP00035251.

⁽²⁰⁾ No sentido da admissibilidade do recurso, *vide* Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo III, 3.ª ed., Coimbra, 2008, p. 217, nota, referindo precisamente o Acórdão n.º 181/2007, e, implicitamente, Armindo Ribeiro Mendes, *Práticas Arbitrais — Lições no Mestrado Forense da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa*, p. 198. Igualmente neste sentido se pronuncia o trabalho de pós-graduação de António Pedro Pinto Monteiro, “Do Recurso de Decisões Arbitrais para o Tribunal Constitucional”, apresentado na Universidade Nova de Lisboa. *Vide* ainda, publicado já depois da redacção inicial do presente texto, Paula Costa e Silva, *A nova face da Justiça — Os meios extra-judiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra, 2009, pp. 105 ss.

norma relativamente à qual se mostraria possível recurso para o Tribunal Constitucional, se estivesse em jogo processo perante tribunal do Estado, isto é, pelo menos norma de direito português, incluindo direito de conflitos, e norma de direito internacional público ⁽²¹⁾.

13. Conforme se referiu, a Constituição impõe ao Ministério Público a obrigação de recorrer para o Tribunal Constitucional de decisão que desaplique, por inconstitucionalidade, normas legais e outras, com estatuto elevado. O cumprimento da obrigação de recorrer pressupõe que o Ministério Público tome conhecimento das decisões de desaplicação por inconstitucionalidade. Curiosamente, quando o Presidente da Assembleia da República e o Provedor de Justiça requereram a fiscalização abstracta da inconstitucionalidade do Dec.-Lei n.º 243/84, invocaram, não apenas vício orgânico, mas ainda *inconstitucionalidade por omissão*, precisamente por não estar regulada a comunicação ao Ministério Público. O Acórdão n.º 230/86 considerou a questão prejudicada pela declaração de inconstitucionalidade orgânica. Mas a lei continuou a ser omissa.

O dever da comunicação resulta implicitamente da Constituição. Se um tribunal arbitral proferir decisão na qual recuse a aplicação de norma de direito português por inconstitucionalidade, deve comunicar a decisão ao Ministério Público, para efeitos de interposição de recurso para o Tribunal Constitucional. É um dever sem sanção. Mas não se está a ver também que a lei impusesse coimas...

Todo este sistema pode quebrar a confidencialidade das arbitragens? Também a quebram a possibilidade de anulação e de execução judicial...

⁽²¹⁾ Não se considera neste artigo a hipótese de recurso para o Tribunal Constitucional relativo a norma estrangeira perante a Constituição Portuguesa, cuja aplicação possa envolver ofensa da ordem pública internacional portuguesa. O problema põe-se quanto a decisões de tribunais arbitrais precisamente nos mesmos termos em que se coloca relativamente a outros tribunais. E não conheço caso em que o Tribunal Constitucional português haja admitido recurso desse tipo. Por outra parte, encontra-se fora de toda a probabilidade o recurso (viável) para o Tribunal Constitucional de decisão de equidade. Não é, porém, absolutamente impensável. Há casos em que se justifica que a equidade tenha uma determinada lei como *lei de referência*, incluindo a Constituição respectiva. E decidir segundo a equidade é decidir segundo a norma que o julgador criaria, de modo até certo ponto semelhante ao previsto no n.º 3 do art. 10.º do Código Civil, embora mais próximo do caso (*vide* Miguel Galvão Teles, "Arbitragem Comercial internacional *ex aequo et bono* e determinação de lei de mérito": *Revista de Arbitragem e Mediação*, Brasil, ano 5:19 (2008), pp. 81 ss.). Ora, o Tribunal Constitucional português já considerou, num conceito que tem designado como funcional de norma para efeitos de recurso de inconstitucionalidade, a que for adoptada, para o caso concreto, por um tribunal (no caso, o Supremo Tribunal de Justiça), nos termos do n.º 3 do art. 10.º do Código Civil ("*segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema*") — Acórdão n.º 264/98.

14. Uma nota ainda, muito breve, mais para abrir reflexão do que para outra coisa, sobre um tema melindrosíssimo.

O recurso para o Tribunal Constitucional *é restrito à questão de inconstitucionalidade* (CRP, art. 280.º, n.º 6, e LTC, art. 71.º, n.º 1). A decisão sobre a questão de inconstitucionalidade faz caso julgado no processo (LTC, art. 80, n.º 1). E o recurso tem natureza *cassatória* (22). Se o Tribunal Constitucional se pronunciar no mesmo sentido que a decisão recorrida, esta é confirmada. Mas, se o Tribunal der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, diz a LTC que “*os autos baixam ao tribunal de onde provieram, a fim de que este, consoante for o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento sobre a questão de inconstitucionalidade...*” (art. 80.º, n.º 2).

O preceito encontra-se manifestamente concebido para tribunais estaduais. Como é que se adapta a tribunais arbitrais, especialmente a tribunais arbitrais voluntários?

Até agora a questão não se levantou. No único caso conhecido de recurso de sentença de tribunal arbitral voluntário, o Tribunal Constitucional confirmou a decisão (Acórdão n.º 181/2007). Tratava-se, aliás, de um tribunal arbitral permanente, ainda que voluntário.

O tema apresenta alguma proximidade com a condenação genérica (23) e com

(22) Vide José Manuel Durão Barroso, “O Recurso para a Comissão Constitucional, Conceito e Estrutura”, in Jorge Miranda (org.), *Estudos sobre a Constituição*, 3.º vol., Lisboa, 1979, pp. 721-722; Armindo Ribeiro Mendes, *Recursos em Processo Civil*, Lisboa, 1994, pp. 141-142; Amâncio Ferreira, *Manual dos Recursos em Processo Civil*, 5.ª ed., Coimbra, 2004, pp. 434-435; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, Tomo II, Coimbra, 2005, pp. 573-574.

(23) Em matéria de condenações genéricas, a tradição, tanto em tribunais “comuns” como em tribunais arbitrais, era de que a liquidação se fizesse em execução de sentença. Por alteração do Código de Processo Civil, introduzida pelo Dec.-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, passou a estabelecer-se que, em caso de incidente de liquidação posterior à sentença, a instância se considera renovada. O Código deixou de prever a liquidação em processo executivo sempre que o título executivo fosse sentença (art. 805.º, n.º 3). A dúvida que ficou foi a de saber como deveriam ser tratadas as condenações genéricas constantes de sentenças arbitrais. Renovava-se a instância arbitral com os mesmos árbitros? E o limite temporal para os poderes dos árbitros? Instalava-se novo tribunal arbitral? A doutrina propendeu no sentido de a liquidação se fazer em processo judicial na fase de execução (Lebre de Freitas, “Competência do Tribunal de Execução para a Liquidação de Obrigação no caso de Sentença Genérica Arbitral”, *ROA*, ano 66:1 (2006), pp. 119 e ss., e Paula Costa e Silva, “A Execução em Portugal de Decisões Arbitrais Nacionais e Estrangeiras”, *ROA*, ano 67:2 (2007), pp. 658 e ss.). Todavia, o Tribunal da Relação de Lisboa, por Acórdão de 17 de Abril de 2008 (proc. n.º 2514/2008-6), entendeu que o incidente de liquidação deve decorrer perante o próprio tribunal arbitral que proferiu a condenação genérica. A alteração do Código de Processo Civil de 2008 (Dec.-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro) veio reformular o art. 805.º, excluindo a liquidação em execução de sentença apenas quando o título executivo não for uma sentença judicial. Deste modo, as condenações genéricas constantes de sentenças arbitrais são susceptíveis de liquidação em processo de execução. O problema que em rigor se põe é o de saber

a situação subsequente à anulação de sentença arbitral. Quanto à anulação, a prática é escassa e, no que toca ao seguimento de decisão anulatória, não é pública. Paula Costa e Silva sustenta que o poder jurisdicional do tribunal arbitral se esgotou (art. 25.º da LAV) e que, se a sentença anulada for de mérito, a convenção de arbitragem caduca⁽²⁴⁾. Lima Pinheiro concorda quanto à extinção do poder do tribunal, mas entende que a convenção de arbitragem se mantém, salvo se o fundamento da anulação consistir na invalidade desta⁽²⁵⁾. O projecto da APA ou projecto Sampaio Caramelo estabelece que “*com a anulação da sentença a convenção de arbitragem volta a produzir efeito relativamente ao objecto do litígio*” (art. 46.º, n.º 10)⁽²⁶⁾. No direito português vigente tudo pode ser complicado por via da existência de prazo para a arbitragem. Nos termos do art. 4.º, n.º 1, al. c), da LAV, a convenção de arbitragem caduca, quanto ao litígio em causa, se a decisão não for proferida no prazo fixado.

Creio que, na hipótese de cassação pelo Tribunal Constitucional e ainda que fique ultrapassado o prazo para decisão dos árbitros, se deve entender que a convenção de arbitragem se mantém. O art. 4.º, n.º 1, al. c), da LAV é derogado pelo art. 80.º, n.º 2, da LTC. A dúvida está em saber se a disposição especial do art. 80.º, n.º 2, da LTC não leva a que a decisão deva ser proferida pelo próprio tribunal arbitral que havia sido originariamente constituído. Se o tribunal arbitral for permanente não há dificuldade: o caso sempre a ele haverá de regressar. Fora disso, propendo, embora com hesitação, numa integração de lacuna em conformidade com o n.º 3 do art. 10.º do Código Civil, para o retorno ao tribunal de origem. Haverá é, nesse caso, que reconhecer a legitimidade da escusa dos árbitros. Conviria, evidentemente, solução legislativa.

15. Está, pois, admitida a possibilidade de recurso directo para o Tribunal Constitucional de decisões de tribunal arbitral voluntário.

Mas será a possibilidade de recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional renunciável e, em especial, antecipadamente renunciável?

Segundo o art. 280.º da Constituição, a lei não pode excluir o recurso para o Tribunal Constitucional. Mas não poderá haver renúncia à faculdade de recurso?

se, havendo cláusula compromissória, a própria liquidação não estará abrangida pela cláusula, exigindo constituição de novo tribunal arbitral.

⁽²⁴⁾ “Anulação e recurso da decisão arbitral”, *ROA*. 52 (1992), pp. 962 e ss.

⁽²⁵⁾ “Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral”, *ROA*. 67 (2007), pp. 1034 e 1035.

⁽²⁶⁾ O XVII Governo Constitucional solicitou à Associação Portuguesa de Arbitragem (APA) um projecto de diploma a reformular o regime da arbitragem voluntária. O projecto, que é notável, foi elaborado em curtíssimo espaço de tempo com base num texto de António Sampaio Caramelo e encontra-se publicado no sítio da APA. apa@arbitragem.pt. Sem que se saiba porquê, o Governo acabou por não lhe dar seguimento. Espera-se que lho dê em breve.

Ou, doutra perspectiva, se as partes em convenção de arbitragem renunciarem aos recursos, tal renúncia não abrange o recurso para o Tribunal Constitucional?

Para simplificar as coisas, convertamos a exclusão do recurso na arbitragem internacional, constante do art. 34.º da LAV (que, por determinação da Constituição, não pode abranger o recurso para o Tribunal Constitucional), em presunção de renúncia aos recursos (pelo menos para aquele Tribunal). A par disso, temos o art. 29.º, que explicitamente permite, nas arbitragens internas, a renúncia aos recursos.

O problema reside em que a LTC diz que “o direito de recorrer para o Tribunal Constitucional é irrenunciável” (art. 73.º) ⁽²⁷⁾. E a questão está em saber qual norma prevalece no que toca ao recurso para o Tribunal Constitucional.

Conforme atrás se referiu, os Estatutos da Liga Portuguesa de Futebol Profissional afirmavam que as decisões do plenário da Comissão Arbitral não são susceptíveis de recurso, o que implica, para os clubes aderentes, renúncia à faculdade de recorrer.

O Acórdão n.º 181/2007 não se pronunciou sobre a questão de saber se a renúncia aos recursos, constante dos Estatutos da Liga, poderia ou não abranger o recurso para o Tribunal Constitucional, porque o recorrido nem sequer a levantou — e a excepção não parece ser de conhecimento officioso.

A questão foi, sim, suscitada em impugnação de decisão da Comissão Arbitral da Federação Portuguesa de Futebol. Interposto recurso para o Tribunal Constitucional, o Presidente da Comissão não o admitiu, porque, de acordo com as regras aplicáveis e voluntariamente aceites, da decisão não caberia recurso.

O recorrente reclamou para o Tribunal Constitucional contra a não admissão do recurso. O Ministério Público junto deste tribunal pronunciou-se no sentido de que “a razão invocada para a não admissão do recurso de constitucionalidade interposto é, a nosso ver, improcedente: na verdade, a circunstância de não ser admitido recurso ordinário de certa decisão não inibe a admissibilidade de interposição de recurso de fiscalização concreta, cujos pressupostos se mostrem preenchidos”.

Invocou, depois, para a inadmissibilidade do recurso, outra razão que, a meu ver, seria de mérito. De toda a maneira, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 316/2008, tirado pelo Conselheiro Pamplona de Oliveira, acabou por não se pronunciar sobre o âmbito da renúncia, porque o requerimento de interposição de recurso não continha as especificações legalmente exigidas.

16. Não há assim, ainda, jurisprudência conclusiva quanto ao alcance da renúncia a recurso, em arbitragem voluntária. Creio, todavia, que dificilmente

⁽²⁷⁾ A irrenunciabilidade do direito de recorrer constava já do Estatuto da Comissão Constitucional (Dec.-Lei n.º 503-F/76, de 30 de Junho, art. 33.º).

se poderá, em face dos termos da lei, aceitar que a faculdade de as partes renunciarem antecipadamente aos recursos de decisão arbitral abranja o direito de recorrer para o Tribunal Constitucional ⁽²⁸⁾.

A LTC é hoje lei de valor reforçado, enquanto lei orgânica (arts. 166.º, n.º 2, e 112.º, n.º 3, do CRP), mas não é por isso que o art. 73.º da LTC prevalecerá. Com efeito, a figura das leis orgânicas só foi criada na revisão constitucional de 1989 e a LTC é de 1982. Embora esta tenha sido objecto de algumas modificações, o art. 73.º vem da origem e não foi tocado. A Lei de Arbitragem Voluntária, por seu turno, é também anterior a 1989. Não parece que se possam fazer retrotrair estatutos e efeitos do regime das leis orgânicas.

Terão de ser convocadas as regras respeitantes à sucessão de normas hierarquicamente equivalentes. As da LAV são posteriores. Mas o preceito da LTC parece funcionar com norma especial. Na verdade, a renunciabilidade antecipada aos recursos, por acto de ambas as partes, é regime geral, que consta do art. 681.º, n.º 1, do CPC e constava já da versão vigente em 1982 e 1984 (versão de 1967). Deste modo, a LAV limita-se a reafirmar o regime geral, acrescentando eventualmente apenas a presunção de renúncia na arbitragem internacional. Perante esse regime geral, art. 73.º da LTC é *lex specialis*.

Aliás, a exclusão da possibilidade de renunciar ao recurso para o Tribunal Constitucional apresenta uma particular intensidade, porque não se reporta somente à renúncia antecipada. A parte vencida pode não recorrer, mas a renúncia, mesmo subsequente, ao direito de recorrer é nula.

17. O regime de absoluta ou total irrenunciabilidade do direito de recorrer para o Tribunal Constitucional apresenta, pelo menos no que toca à arbitragem, fortes inconvenientes. A arbitragem quer-se célere e é por isso que ou as leis afastam os recursos ou frequentemente presumem que as partes a eles renunciaram. A exclusão de renúncia ao recurso para o Tribunal Constitucional introduz um factor de perturbação. E isso obriga, numa perspectiva *de jure condendo*, a ponderar razões.

A simples circunstância de modos de impugnação de decisões arbitrais poderem causar demora não os torna, só por isso, inaceitáveis. A lei portuguesa, da mesma maneira que a Lei-Modelo, prevê um tipo de impugnação de decisões arbitrais que, entre nós, é caracterizada como anulação. A sua existência corresponde a razões pesadas, que prevalecem sobre a celeridade na solução arbitral definitiva de diferendo.

Um primeiro caso em que a intervenção necessária do Tribunal Constitucional inteiramente se justifica e em que a perturbação para a eficácia arbitral

⁽²⁸⁾ No sentido da irrenunciabilidade do recurso para o Tribunal Constitucional, Armindo Ribeiro Mendes, *Práticas Arbitrais* cit., p. 198.

será mínima é o de a própria decisão arbitral ter recusado a aplicação de norma com fundamento em inconstitucionalidade. Outro é o de a decisão aplicar norma que foi declarada inconstitucional com força obrigatória geral. Poderia ainda impor-se a irrenunciabilidade do recurso quando haja prévia decisão do Tribunal Constitucional no sentido da inconstitucionalidade, ainda que sem força obrigatória geral. São os casos em que, nos termos constitucionais, o recurso é obrigatório para o Ministério Público ⁽²⁹⁾. Fora deste âmbito, não vejo razão para se afastar a possibilidade de renúncia. Arguiu-se inconstitucionalidade, o tribunal arbitral não aceitou, acabou. É precisamente o recurso de decisões que não considerem procedentes arguições de inconstitucionalidade que, por muito expeditos que sejam os mecanismos de decisão sumária, permitem actuações dilatórias.

Note-se que, perante o art. 280.º da Constituição, não é possível excluir o recurso para o Tribunal Constitucional ou restringir o seu âmbito. O que se pode, sim, é alterar o regime de irrenunciabilidade, que consta da LTC. Porque esta é uma lei orgânica, a modificação que se venha a fazer terá de nela ser também inserida.

Sugeriria a possibilidade de renúncia, mesmo antecipada, a recurso para o Tribunal Constitucional de decisão arbitral desde que, cumulativamente:

- a) o recurso respeitasse a decisão que não recusasse a aplicação de norma por inconstitucionalidade ou que não aplicasse norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional;
- b) a renúncia se inserisse numa renúncia geral aos recursos.

Acrescentaria que o acto de renúncia aos recursos abrangia, salvo declaração em contrário, a renúncia ao recurso para o Tribunal Constitucional, no âmbito em que esta se viesse a mostrar possível.

⁽²⁹⁾ E aqueles em que os recursos se encontravam admitidos para a Comissão Constitucional na versão original da Constituição (art. 282.º).