

A INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DOS ÁRBITROS COMO IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL

MIGUEL GALVÃO TELES*

1. A afirmação principal que o presente artigo pretende justificar é a de que, em Portugal, a exigência de independência e imparcialidade dos tribunais arbitrais e dos árbitros decorre, antes de mais, de determinação da própria Constituição. Procurar-se-ão, depois, retirar algumas consequências da natureza (constitucional) daquela determinação.

Começar-se-á por uma alusão à independência e à imparcialidade dos tribunais do Estado e dos juízes.

I – INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DOS TRIBUNAIS DO ESTADO E DOS JUÍZES

2. De uma perspectiva histórica, a independência dos tribunais foi, no continente europeu, afirmada perante o monarca e, nalguns casos, tam-

* Advogado, sócio da Sociedade de Advogados Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados.

O presente texto constitui o desenvolvimento de uma intervenção por mim tida num colóquio luso-brasileiro organizado na *Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados*, em 30 de Abril de 2009, a qual, com uma dimensão mais restrita do que a do presente artigo, se encontra publicada na *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7-24, Janeiro-Março de 2010, do Instituto Brasileiro de Direito Comparado, p. 127 e ss. Os textos beneficiaram de um seminário que, antes, realizei no escritório com jovens estagiários e a que já fiz referência noutra local. Beneficiou ainda, e muito, das discussões com António Sampaio Caramelo – independentemente de se poderem manter divergências nalguns pontos. Agradeço também ao Miguel Nogueira de Brito, ao Filipe Vaz Pinto, à Margarida Torres Gama, ao José Azevedo Moreira e ao Elmano Sousa Costa o auxílio que prestaram.

bém perante a assembleia. A concentração progressiva do poder no rei, com a instalação da monarquia absoluta, fez que progressivamente os tribunais régios se substituíssem aos tribunais senhoriais, embora com a Igreja e os tribunais eclesiásticos à margem. Uma vez que, no plano dito «temporal», o poder se situava no monarca, os tribunais funcionavam por autoridade sua, ficando o rei com a possibilidade de avocar casos ou modificar decisões¹. Ao contrário do que sucedeu em Inglaterra, onde o desfecho, no séc. XVII, da luta entre rei e parlamento fez deslocar para a Câmara dos Lordes a autoridade última em matéria judicial, de modo que a independência do chamado poder judicial só veio a obter-se com a autonomização substancial do *Appellate Committee* da Câmara, isto é, dos *law lords*² e, recentemente, com a criação da *Supreme Court of the United Kingdom*³, no continente a «separação» dos tribunais fez-se, de início, por referência ao monarca.

3. A concepção e afirmação da independência dos tribunais pressupõe a doutrina da separação dos poderes. Mas o tema teve um papel limitado no quadro originário desta.

¹ PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, *Institutiones juris civilis lusitani*, 1789, trad. port. de Miguel Pinto de Menezes, *BMJ*, 161 (1966), Tit. II, especialmente § I, p. 105; AFONSO COSTA, *Lições de Organização Judicial*, França Amado, 1899, p. 75 e ss.; ANTÓNIO HESPANHA, *As Vésperas do Leviathan, Instituições e Poder Político, Portugal – séc. XVII*, Alm., 1994, especialmente p. 380 e ss.; ANTÓNIO BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus, Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal, 1640-1820*, Alm., 2003, especialmente pp. 78 e ss., 131 e ss. e 557 e ss. GOMES CANOTILHO caracteriza o conceito de independência dos tribunais como um *Kampfbegriff* (conceito de luta), próprio de Estado de Direito e nascido contra a função dos reis de julgarem (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Alm., 2003, pp. 659-660).

² *Law Lords* ou *Lords of Appeal in Ordinary*, criados, para exercer as funções judiciais da Câmara dos Lordes, pelo *Appellate Jurisdiction Act*, 1876. Vide MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Camb. U. P., reimp. 1968, p. 473.

³ O *Constitutional Reform Act* 2005 criou um Supremo Tribunal do Reino Unido, entrado em funções em Outubro de 2009, para o qual transitaram as competências jurisdicionais da Câmara dos Lordes e os próprios *Law Lords* em exercício. A modificação constitucional, que abrangeu também o cargo do *Lord Chancellor*, foi determinada pelo propósito de evitar dúvidas quanto à observância do art. 6, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que exige independência dos tribunais (DIANA WOODHOUSE, «United Kingdom, the Constitutional Reform Act 2005 – defending judicial independence the English way», *International Journal of Constitutional Law*, 5:1 (2007), pp. 153 ff.). Esta seria, no Reino Unido, substancial, mas não formal. Aliás, o *Act* insiste na expressão «*continued judicial independence*».

Locke distinguia o poder executivo do federativo, mas não discriminava execução administrativa e jurisdicional⁴. Mais: afirmava expressamente que, «*se bem que ... o poder executivo e o poder federativo de qualquer comunidade sejam realmente distintos em si mesmos, dificilmente podem ser separados e colocados, ao mesmo tempo, nas mãos de pessoas distintas. Uma vez que ambos requerem a força da sociedade para o seu exercício, é quase impraticável colocar a força da comunidade política em mãos distintas e não subordinadas*» [uma a outra]⁵.

Montesquieu já preconizava a separação do poder judicial relativamente ao poder executivo, mas aquele era desdobrado, segundo a classe (social) a que pertencesse a parte ou pertencessem as partes ou uma delas, entre juízes eleitos temporariamente pelo «povo» e, à maneira inglesa, a câmara (legislativa) aristocrática⁶.

Uma fracção da ideia de Montesquieu aparece expressa na Constituição francesa de 1791 – aquela que não respeita a uma câmara aristocrática, que aliás a Constituição não previa: «*O Poder judicial é delegado em juízes temporariamente eleitos pelo povo*» (art. 5 do título III)⁷. O tribunal de cassação, criado pela Lei de 27 de Novembro de 1790, que, como tribunal supremo, havia sido eleito pela Constituinte, manteve-se⁸.

É bem sabido que Rousseau, pelo seu lado, não tinha uma teoria de separação dos poderes, nem propugnava esta. Distingua legislação, que era acto de soberania, e execução, que era acto de magistratura⁹.

A prática da Convenção, inspirada especialmente em Rousseau, concentrou nela todos os poderes: elegeu tribunais, destituiu juízes, julgou e condenou ela própria, incluindo o anterior rei destituído, Luís XVI¹⁰. Em reacção, a Constituição do ano III (1795), que, relativamente

⁴ *Two Treatises of Government, Second Treatise*, Cap. XII.

⁵ *Ibidem*, § 148.º

⁶ *De L'Esprit des Lois*, Livro XI, cap. 6. Cfr. PAULO RANGEL, «A Separação dos Poderes segundo Montesquieu», in *Repensar o Poder Judicial*, Un. Cat., Porto, 2001, p. 117 e ss.

⁷ A eleição dos juízes tinha sido estabelecida pela Constituinte em lei de 16 de Agosto de 1790 (ESMEIN, *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, L. G. D. J., reimp. 2008 da 6.ª ed., 1914, p. 515).

⁸ Inicialmente a meio caminho entre tribunal escolhido (indirectamente) pelo povo e emanação do poder legislativo junto do poder judicial, depois como puro e simples poder judicial.

⁹ *Du contrat social*, Livro III. Sobre este ponto, vide, p. ex., NUNO PIÇARRA, *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*, Co. Ed., 1989, p. 125 e ss.

¹⁰ P. ex., ESMEIN, ob. cit., p. 515.

à de 1793, se apresentou como uma verdadeira «contra-Constituição»¹¹, veio afirmar uma clara separação entre o Poder judicial e os outros poderes, proibindo o exercício pelos órgãos destes da actividade jurisdiccional¹². E, pela primeira vez, estabeleceu garantias constitucionais expressas da independência dos juízes, limitando a destituição e a suspensão destes aos casos de condenação criminal ou de acusação recebida¹³.

Passados o Consulado e o Império e organizada a carreira da magistratura judicial, a Carta de 1814 regressou ao princípio monárquico: a justiça emana do rei e é administrada em seu nome. O rei nomeia os juízes (art. 57). Mas o texto estabelecia uma garantia de independência: a inamovibilidade (art. 58). Com a Carta Constitucional de 1814 ficou definitivamente prejudicada, no continente europeu, a atribuição de poderes jurisdicionais genéricos à câmara aristocrática¹⁴.

4. Foi com a Constituição dos EUA que, num quadro democrático, surgiu pela primeira vez, antes de em França, um judiciário estruturado: «*O Poder Judicial dos Estados Unidos será atribuído a um supremo tribunal e àqueles tribunais inferiores que o Congresso venha a ordenar e estabelecer*» (Art. III, Secção I). Pelo menos em vários dos Estados que compunham a Federação, os juízes eram eleitos (para além da existência de júri). A estrutura federal não facilitava, nos Estados Unidos, a eleição dos juízes e estes ficaram a ser nomeados pelo Presidente, com o acordo do Senado quanto aos membros do Supremo Tribunal (Art. III, Secção II).

Hamilton sublinhou que «*a completa independência dos tribunais é particularmente essencial numa Constituição limitada*»¹⁵. Mas a indepen-

¹¹ JEAN-JACQUES CHEVALIER, *Histoire des Institutions et des Régimes Politiques de la France*, 4.^a ed., Dalloz, 1972, p. 87; mais matizado, MICHEL TROPER, *Terminer la Révolution, La Constitution de 1795*, Fayard, 2006.

¹² Art. 202: «*As funções judiciais não podem ser exercidas nem pelo Corpo legislativo, nem pelo Poder executivo*»; e art. 203: «*Os juízes não podem imiscuir-se no exercício do Poder legislativo, nem fazer nenhum regulamento. Não podem afastar ou suspender a execução de nenhuma lei, nem citar perante si os administradores [membros da Administração] por razão das suas funções*».

¹³ Art. 206: «*Os juízes só podem ser destituídos por infracção criminal legalmente julgada ou suspensos com base em acusação recebida*». Sobre o significado da inamovibilidade dos juízes para a independência do poder judicial, numa perspectiva histórica, ESMEIN, ob. cit., p. 502 e ss.

¹⁴ Nos termos do art. 33, a Câmara dos Pares conhecia somente dos crimes de alta traição e contra a segurança do Estado.

¹⁵ O «Federalista», n.º 78, in *The Federalist Papers*, ed. por CLINTON ROSSITER, Mentor, 1961, p. 434.

dência dos tribunais federais dos Estados Unidos teve de ser consolidada pela prática. Assim, a frase, constante do Art. III, Secção I, da Constituição, segundo a qual os juízes «*shall hold their Offices during good Behavior*», foi interpretada no sentido de que as funções são vitalícias, com ressalva somente da renúncia e do *impeachment*¹⁶; e houve que, na prática, excluir o exercício cumulativo de outras funções¹⁷.

5. A Constituição Portuguesa de 1822, em fórmula próxima, como era frequente, da da Constituição de Cádiz¹⁸, dizia, no art. 176:

«O poder judicial pertence exclusivamente aos Juizes. Nem as Cortes nem o Rei o poderão exercitar em caso algum.

Não podem portanto avocar causas pendentes; mandar abrir as findas; nem dispensar nas formas do processo prescriptas pela lei».

A Constituição distinguia juízes de facto e juízes de direito (juízes letrados). Os juízes letrados eram perpétuos (art. 183), estabelecendo a Constituição a sua inamovibilidade (v. art. 184).

A Constituição de 1838 era muito parca na matéria, limitando-se a referir a existência de um Poder judiciário. A Carta afirmava a independência do Poder judicial (art. 118) e mantinha o carácter perpétuo dos juízes de direito, só por sentença podendo estes perder o lugar (arts. 120 a 122). Continuava, pois, relativamente à Constituição de 1822, a inamovibilidade¹⁹.

¹⁶ LEONARD W. LEVY, KENNETH L. KARST e DENNIS J. MAHONEY, *Encyclopedia of the American Constitution*, MacMillan, vol. II, 1986, «Good Behavior», p. 852.

¹⁷ P. ex., Jay, primeiro presidente do Supremo Tribunal, foi, em acumulação, embaixador especial no Reino Unido e o seu sucessor, Oliver Ellsworth, embaixador em França (BERNARD SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, O. U. P., 1993, pp. 27-28). Este autor assinala que a nomeação de Jay como embaixador «*foi denunciada como violação da separação de poderes*» e que aquelas nomeações extrajudiciais tiveram «*um inevitável efeito negativo no prestígio do incipiente tribunal*». Mas este quase não tinha então que fazer (p. 27 e ss.).

¹⁸ Esta referia, nos arts. 242 e 243: «*O poder de aplicar as leis nas causas civis e criminais pertence exclusivamente aos tribunais*»; «*Nem as Cortes nem o Rei poderão em caso algum exercer funções judiciais, avocar causas pendentes ou mandar reabrir juízos findos*».

¹⁹ Sobre a matéria, vide LOPES PRAÇA, *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, 2.^a Parte, Imprensa Literária, 1879, p. 307 e ss., e MARNOCO E SOUSA, *Direito Público, Poderes do Estado*, França Amado, 1910, p. 769 e ss.

A Carta referia ainda, e pela primeira vez entre nós no plano constitucional, o tema da responsabilidade dos juízes. Fazia-o por forma positiva, dizendo que «*todos os Juizes de Direito e os Officiais de Justiça são responsáveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar*» (art. 123). O art. 124 previa especificamente processos por suborno, peita, peculato e concussão²⁰.

A Constituição de 1911, com fórmulas mais precisas, dirá que «*os juízes do quadro da magistratura judicial são vitalícios e inamovíveis*» (art. 57.º)²¹. E afirmará, de forma clara, o princípio da irresponsabilidade: «*os juízes serão irresponsáveis nos seus julgamentos, salvo as excepções consignadas na lei*» (art. 60.º).

As fórmulas virão, no essencial, a ser repetidas pela Constituição de 1933 (arts. 118.º e 119.º, segundo a numeração inicial).

6. Na Constituição em vigor, o art. 203.º (na numeração actual) estabelece que «*os tribunais são independentes e estão apenas sujeitos à lei*». O art. 216.º, inserido em capítulo respeitante ao estatuto dos juízes e sob a epígrafe «*garantias e incompatibilidades*», refere, nos n.ºs 1 e 2:

«*1. Os juízes são inamovíveis, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei.*

«*2. Os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvo as excepções consignadas na lei*».

Os n.ºs 3 a 5 reportam-se a incompatibilidades decorrentes da função de juiz.

Os arts. 217.º e 218.º respeitam ao Conselho Superior da Magistratura, enquanto órgão de «*gestão*» da magistratura judicial.

7. A Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto) distingue a independência dos tribunais da independência dos juízes. À primeira refere-se o art. 4.º, que reproduz

²⁰ MARNOCO E SOUSA interpretava os arts. 123.º e 124.º da Carta, em conexão com o art. 2401.º do Código Civil de 1867, no sentido de estabelecerem o princípio da *irresponsabilidade* dos juízes (ob. cit., p. 771).

²¹ Em comentário ao preceito, MARNOCO E SOUSA considerava a inamovibilidade dos juízes como a «*garantia suprema da independência do poder judicial*» (*Constituição Política da República Portuguesa, Comentário*, França Amado, 1913, p. 575).

o art. 203.º da Constituição. O art. 5.º afirma, sob a epígrafe «Independência dos juízes»:

«1. Os juízes julgam apenas segundo a Constituição e a lei.

2. A independência dos juízes é assegurada pela existência de um órgão privativo de gestão e disciplina da magistratura judicial, pela inamovibilidade e pela não sujeição a quaisquer ordens ou instruções, salvo o dever de acatamento das decisões proferidas em via de recurso por tribunais superiores.

3. Os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvo as excepções consignadas na lei».

No que toca à responsabilidade ou irresponsabilidade dos juízes, há um longo percurso legislativo, com uma linha tendencial no sentido de apenas admitir responsabilidade civil em caso de dolo ou em situações especialmente graves²². Presentemente, a matéria encontra-se regulada no *Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro²³.

Resumidamente, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto, devendo o pedido de indemnização ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente (art. 13.º). Quanto aos juízes, sem prejuízo da responsabilidade penal em que possam incorrer, não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções, mas, quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles (art. 14.º).

8. Com uma referência incidental à imparcialidade a propósito dos juízes do Tribunal Constitucional (art. 222.º, n.º 5), a Constituição só alude explicitamente, em termos sistemáticos, à independência dos tribunais.

O mesmo se passava com os textos constitucionais clássicos e com os textos constitucionais portugueses anteriores. O tema da imparcialidade era, por regra, relegado para a lei ordinária, a propósito dos impedimentos

²² A história doutrinária e legislativa neste domínio encontra-se especialmente feita em BARBAS HOMEM, ob. cit., p. 589 e ss. Vide ainda NÉLIA DANIEL DIAS, *A Responsabilidade Civil do Juiz*, Dislivro, 2.ª ed., 2007, especialmente p. 173 e ss.

²³ Com a alteração da Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho.

e suspeições dos juízes. A verdade, porém, é que, na revisão constitucional de 1997, foi aditado ao art. 20.º um n.º 4, onde se consagra o direito a um processo equitativo. A inspiração é do art. 6, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Ora, a imparcialidade de quem julga representa, a par da independência, requisito mínimo do processo equitativo. Aliás, a Convenção Europeia menciona o direito a que uma causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, e fá-lo sob a epígrafe «direito a um processo equitativo»²⁴ – mostrando, assim, que este implica, ele próprio, a independência e a imparcialidade dos tribunais²⁵.

A propósito das relações entre a Constituição e a Convenção Europeia, o Tribunal Constitucional sublinhou que os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais já extraem, em todas as suas vertentes, o alcance e sentido que porventura se encontram naquela Convenção (Acs. n.ºs 352/98 e 632/99 e arestos neles mencionados). No fundo, a exigência de imparcialidade dos tribunais, para além de decorrer do art. 20.º, n.º 4 (e do próprio art. 222.º, n.º 5), encontra-se implicada pela ideia de *Estado de direito democrático*, consignada no art. 2.º da CRP.

9. Conforme se viu, a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais distingue a independência dos tribunais da independência dos juízes. A primeira tem duas dimensões. Uma exprime uma *imunidade*, no sentido de Hohefeld: o tribunal encontra-se vinculado apenas pelas normas jurídicas (ou por critérios de equidade, se para estes houver remissão), não estando subordinado a quaisquer ordens ou instruções²⁶;

²⁴ As epígrafes dos artigos da Convenção foram introduzidas pelo Protocolo n.º 11, de 11 de Maio de 1994, entrado em vigor em 1 de Novembro de 1998, assinado, por Portugal logo em 1994 e ratificado em Maio de 1997.

²⁵ A exigência de tribunal independente e imparcial encontra-se consignada logo na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 10.º) e reaparece no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (art. 14.º) e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 47.º).

²⁶ Especificamente sobre o art. 203.º da CRP, *vide*, em especial, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Co. Ed., 2007, p. 36 e ss. O que se diz no texto implica uma posição no debate sobre o que significa «lei» no art. 203.º No texto deixam-se de fora os melindrosíssimos aspectos implicados pela competência da competência dos tribunais (*vide* os meus artigos «A competência da competência do Tribunal Constitucional», em *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Co. Ed., 1995, pp. 120-123, e «*Ex post justice, legal retrospection and claim to bindingness*», in *Liber Amicorum de José de Sousa Brito*, Alm., 2009, p. 464).

numa segunda dimensão, a independência significa que nem a eficácia de decisão judicial pode ficar sujeita a acto exterior à ordem dos tribunais, nem a decisão destes pode ser impedida, modificada, revogada ou anulada por acto externo à mesma ordem. Quanto ao juiz, a independência traduz-se em não se permitir que sobre ele se possam exercer e exerçam indevidas pressões e em ele rejeitar as que sejam efectuadas²⁷. Costuma-se distinguir uma independência do juiz externa – relativamente a pressões exteriores à ordem dos tribunais – e interna, relativamente à própria ordem dos tribunais²⁸.

Do mesmo modo que a independência, também a imparcialidade se desdobra por tribunal, estritamente enquanto órgão, e juiz. A imparcialidade do tribunal, *qua tale*, significa que os interesses sobre os quais se pronuncia, envolvidos na causa, lhe são alheios, e que o único interesse que pode e deve prosseguir é o interesse numa decisão correcta sobre aqueles outros interesses²⁹. Transferida para o juiz, a imparcialidade consiste em este se determinar apenas pelo objectivo de uma decisão correcta³⁰.

A independência do juiz acaba por ser uma garantia de imparcialidade, enquanto normalmente a pressão sobre ele exercida se dirigiria a favorecer ou prejudicar uma parte³¹. Mas a independência do juiz tem valor próprio enquanto é pressuposto da *autonomia* da decisão – que esta seja tomada pelo próprio julgador, em consciência, e não ditada por terceiro.

No processo civil as garantias de imparcialidade constam, sob esta epígrafe, dos arts. 122.º e seguintes do respectivo Código. O art. 122.º enuncia os impedimentos do juiz e o art. 127.º os fundamentos da sus-

²⁷ CASTANHEIRA NEVES discrimina independência *material*, desdobrada em *subjectiva* ou directamente decisória e *objectiva* ou especificamente funcional e independência *formal*, desdobrada em independência *institucional* e *peçoal* – *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983, pp. 17 e ss. e 101 e ss.

²⁸ P. ex., CARLOS FRAGA, *Subsídios para a Independência dos Juízes – O caso português*, Cosmos, 2000, p. 50.

²⁹ A imparcialidade dos tribunais, que é verdadeira e própria, não se confunde com a impropriamente chamada imparcialidade da administração pública, que antes se diria *isenção*.

³⁰ No fundo, o arquétipo da imparcialidade é a *impessoalidade*. Sobre o ponto, veja-se THOMAS NAGEL, *The View from Nowhere*, O. U. P., 1986, e *Equality and Partiality*, O. U. P., 1991. O tema da imparcialidade não é só jurídico, mas também moral, e a palavra mostra-se polissémica – vide «Impartiality» na *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

³¹ Isto em condições normais. Não é impensável a pressão exercida sobre um juiz por quem sabe que este pretenderá ser parcial e destinada a impedir que o seja.

peição, respeitando o art. 126.º à escusa³². Tem-se entendido que a enumeração dos fundamentos de suspeição é taxativa³³.

10. Com a independência e a imparcialidade do juiz, o que se pretende é que este profira a decisão que, por si e em consciência, considere correcta de direito.

Por isso se pode dizer que a irresponsabilidade pelo conteúdo das decisões se mostra co-essencial à função de julgar. Para o juiz, o direito no caso constitui uma *incógnita*, que tem de resolver. Daí que, ao contrário do que normalmente se afirma, o conteúdo da decisão judicial não se encontre sujeito a um padrão de legalidade. Pode, sim, ser objecto de juízos de *correção*. Uma sentença revogada ou alterada por tribunal superior não é uma sentença ilegal, mas uma sentença que o tribunal superior teve por incorrecta.

Assim, o juiz só pode ser responsabilizado ou por, intencionalmente, ter julgado por motivos outros que o de decidir correctamente em consciência, ou por violação de deveres, digamos, exteriores ao conteúdo da decisão: denegação de justiça ou demora, por um lado; a título de exemplo, ausência de estudo ou desleixo, por outro. Só neste quadro e por referência a deveres deste tipo pode, sem se ofender a Constituição, responsabilizar-se o juiz no caso de culpa grave a que alude o art. 14.º do regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado.

³² Há situações, previstas na lei como impedimento, em que é duvidoso que se encontre apenas em causa imparcialidade. Penso nas hipóteses em que se impede que um juiz intervenha no julgamento de recurso sobre decisão em que participou ou quando antes haja tomado posição no processo (CPC, art. 122.º, al. e), e CPP, art. 40.º). Existirá seguramente o temor de que o juiz queira, com possível prejuízo de alguém, manter a posição que tomou. Mas de ambas as vezes o juiz poderá ser inteiramente imparcial. O que na hipótese de recurso se perde é a «pureza» da reapreciação. Em qualquer dos casos, está comprometida a *autonomia da decisão*. É esse valor da *autonomia da decisão* no momento próprio que permite que se considere que o julgador que, extemporaneamente, manifestou a sua posição sobre a matéria a decidir pode ser sujeito a recusa.

³³ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra, 1948, p. 261, e LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 2008, pp. 244-245; na jurisprudência, p. ex., Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de Março de 2002, Proc. n.º 0011294, disponível em <http://www.dgsi.pt> e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 20 de Março de 2006, Proc. n.º 458/06-2, disponível em <http://jurisprudencia.vlex.pt>

II – CARACTERIZAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS E DOS ÁRBITROS

11. Porque os tribunais arbitrais são tribunais e os árbitros julgadores, as exigências de independência e imparcialidade são para estes transponíveis. Há, na arbitragem, uma particularidade no objecto de aplicação dos critérios, que tem alguma influência na relação entre estes. A independência dos tribunais estaduais foi afirmada e conseguida perante órgãos do poder político, embora tenha de ser afirmada e protegida perante outros poderes, designadamente «poderes de facto». Na arbitragem, não há estruturas de «poder» com as quais o tribunal se relacione – a não ser, e quando muito, os órgãos da arbitragem institucionalizada. Que o tribunal arbitral esteja submetido ao direito – seja este qual for e seja qual for o critério da sua determinação – ou à equidade, não a ordens ou instruções, é indiscutível. Mas a origem do risco de pressão não se situa em instituições ou em órgãos, ou seus titulares, do poder político; refere-se, no essencial, às partes ou às pessoas ou entidades a elas ligadas³⁴. Para lá disso, o tema da relação do árbitro com as partes é também, e antes de mais, um tema de imparcialidade, isto é, de alheamento relativamente aos interesses das partes.

No que toca à conexão entre imparcialidade e independência, a situação aproximar-se-á daquela em que, perante tribunais estaduais, o próprio Estado seja interessado. De qualquer modo, se o que se encontra em causa é a pressão ou o risco de pressão sobre os árbitros por uma parte ou alguém a ela ligado, o tema é, directamente, de independência; quando está em jogo uma pura e simples relação dos árbitros com partes ou pessoas ou entidades conexas com estas, sem vir à luz qualquer pressão ou risco de pressão³⁵, o tema é apenas de imparcialidade. O que acontece

³⁴ Em especial THOMAS CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, p. 235 e ss., e «L'indépendance et l'impartialité du juge et de l'arbitre», in *L'impartialité du juge et de l'arbitre, Étude de droit comparé*, obra colectiva sob a direcção de JACQUES VAN COMPERNOLLE e GIUSEPPE TARZIA, Bruylant, 2006, p. 206 e ss.; DOMINIQUE HASCHER, «A Comparison between the Independence of State Justice and the Independence of Arbitration», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2007 *Special Supplement, Independence of Arbitrators*, p. 77 e ss.

³⁵ Imagine-se como parte ou interessado um filho menor de um árbitro ou potencial árbitro. Pode nem sequer ter idade para fazer pressão. E, para se levarem as coisas ao extremo, pode conceber-se que o menor é órfão de mãe e não tem qualquer outra família além do próprio árbitro...

é que, ao contrário do que pode suceder com os tribunais estaduais, a pressão que possa ser feita visará uma violação da imparcialidade.

Isso fez que se gerasse alguma tendência para «alterar» o quadro das relações entre independência e imparcialidade (mesmo relativamente aos tribunais judiciais), atribuindo à independência um carácter objectivo e à imparcialidade um traço predominantemente subjectivo³⁶. A última seria uma *virtude*³⁷. E levou ainda a que se gerasse alguma tendência para, na arbitragem, considerar a independência pelo menos como conceito dominante ou para assimilar as duas noções³⁸.

Todavia, ainda que menos nítida, a distinção entre imparcialidade e independência mantém-se. Note-se, antes de mais, que ambas apresentam um traço subjectivo. Se se exercer pressão sobre um julgador, depende de si resistir ou não e o efeito da pressão está condicionado por isso. De modo semelhante, um julgador podia ter força de carácter suficiente para decidir com absoluta imparcialidade um caso em que fosse parte, por exemplo, um irmão. Na perspectiva subjectiva, o que acontece é que na independência o comportamento psicológico requerido é *negativo* – de resistência – ao passo que na imparcialidade é simultaneamente negativo – não se determinar pelos interesses de uma parte – e positivo – procurar a solução de direito em consciência correcta. E, se é difícil sondar o íntimo do julgador, o Código Penal português (art. 369.º), e suponho que os de pelo menos muitos países, não deixam de prever o crime de prevaricação, o qual se traduz ou pode traduzir na violação, pelo juiz, do dever de imparcialidade e pressupõe dolo.

De qualquer maneira, o que principalmente importa é criar *garantias* de independência ou de imparcialidade do (potencial) julgador, impedindo-o ou possibilitando que o mesmo seja impedido de julgar quando haja risco sério de pressões sobre ele ou quando existam relações suas com uma das partes ou com pessoas ou entidades com ela relacionadas, que façam

³⁶ SELMA FERREIRA LEMES, *Árbitro, Princípios da Independência e da Imparcialidade*, Ltr. S. Paulo, 2001, p. 52 e ss.

³⁷ SERGE GUINCHARD, «Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental», in *L'impartialité du juge et de l'arbitre, Etude de droit comparé*, cit., p. 24 e ss.

³⁸ THOMAS CLAY, *L'Arbitre*, cit., p. 248 e ss.; REDFERN, HUNTER, BLACKBABY e PARTASIDES, *Law and Practice of International Arbitration*, 4.ª ed., Thomson-Sweet & Maxwell, 2004, n.ºs 4-54 e 4-55, pp. 200-201; PLOUDRET e BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed., Thomson-Sweet & Maxwell, 2007, para. 413 e ss., p. 346 e ss.

que o (potencial) julgador possa ter um interesse num determinado sentido da decisão. Ainda que o julgador fosse ou seja capaz de resistir a pressões ou interesses, é também indispensável tutelar a aparência, porque também desta depende a confiança na *objectividade* da justiça³⁹.

12. Aliás, além da Lei-Modelo da UNCITRAL (art. 12, n.º 1), leis há que referem, de modo expreso, a propósito dos tribunais arbitrais, os requisitos tanto de independência como de imparcialidade. Assim fazem, por exemplo, a lei alemã (*Zivilprozessordnung*, § 1036 (1)), e a lei espanhola (art. 17, n.º 2)⁴⁰. Outras leis, como a do Reino Unido (*Arbitration Act* 1996, art. 24, n.º 1, al. a)) e a sueca (1999, art. 8), usam somente um dos conceitos, mas é o da imparcialidade. Todavia, os regulamentos de arbitragem tanto do *London Court of Arbitration* (art. 5.2), como do *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* (art. 14), mencionam cumulativamente a imparcialidade e a independência. O mesmo se passa com as *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration*. É a Lei de Direito Internacional Privado suíça (LDIP) que, a propósito da arbitragem internacional, alude apenas, quanto à recusa dos árbitros, a independência ou falta dela (art. 180, n.º 1, (c)). Contudo, a jurisprudência entende, com base na Constituição, que a imparcialidade também é exigível⁴¹; e as *Swiss Rules* (art. 10, n.º 1) falam de independência e imparcialidade.

A «fortaleza», no que toca à exclusão de referência ao conceito de imparcialidade é o Regulamento da CCI (art. 11, n.º 1). Mas a prática utiliza uma muito ampla noção de independência, que abrange o que, noutra quadro conceptual, consistiria em imparcialidade⁴². Aliás, o art. 11 do Regulamento de Arbitragem da CCI fala de «*challenge of an arbitrator, whether for an alleged lack of independence or otherwise*».

³⁹ Ac. Tribunal Constitucional 135/88, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 11.º vol., pp. 951-2.

⁴⁰ A mesma solução é adoptada pelo anteprojecto português de Sampaio Caramelo, adoptado, como projecto, pela APA (doravante, projecto Sampaio Caramelo), art.º 9.º, n.º 3.

⁴¹ *Vide infra*, n.º 20.

⁴² *Vide*, quanto à prática da CCI, ANNE MARIE WHITESELL, «Independence in ICC Arbitration: ICC Court Practice concerning the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2007 *Special Supplement, Independence of Arbitrators*, p. 7 e ss.

13. Do mesmo modo que quanto aos tribunais estaduais, independência e imparcialidade podem ser desdobrados por tribunais arbitrais e árbitros – sem discutir aqui se é possível subjectividade jurídica (do tribunal arbitral) desligada de personalidade (e a minha resposta seria afirmativa). Ainda do mesmo modo que quanto aos tribunais estaduais e aos juízes, a independência e imparcialidade do tribunal são meramente normativo-constitutivas, ao passo que a independência e imparcialidade dos árbitros são especificamente reguladores – dependem de relações e dirigem o comportamento.

A lei da arbitragem voluntária portuguesa (LAV)⁴³ não se refere explicitamente nem a independência nem a imparcialidade do tribunal arbitral ou dos árbitros. Limita-se a dizer, no art. 10.º, que «aos árbitros não nomeados por acordo das partes é aplicável o regime de impedimentos e escusas estabelecido na lei de processo civil para os juízes» e que «a parte não pode recusar o árbitro por ela designado, salvo ocorrência de causa superveniente de impedimento ou escusa». Todavia, a remissão para o Código de Processo Civil, a propósito dos impedimentos e escusas, seja como for que se entenda, pressupõe um requisito de imparcialidade.

III – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS E DOS ÁRBITROS

14. A Constituição Portuguesa reconhece expressamente os tribunais arbitrais. No art. 209.º, depois de enunciar, no n.º 1, as categorias de tribunais cuja existência é necessária, diz, no n.º 2, que «podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz». Neste capítulo, a Constituição retomou a tradição que constava dos textos da monarquia constitucional (Const. 1822, art. 194, Const. 1838, art. 123, § 3.º), por influência francesa, chegada através da Constituição de Cádiz, de 1812 (arts. 280.º e 281.º), e com formulação de origem brasileira no que toca à Carta Constitucional (cujo art. 127 reproduzia o art. 160.º da Constituição do Império). Tal tradição seria interrompida a partir de 1911 e a própria Constituição de 1976, na versão originária, não fazia alusão aos tribunais arbitrais.

⁴³ Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

Aconteceu que a Comissão Constitucional (órgão de fiscalização da constitucionalidade, que precedeu o Tribunal Constitucional, entrado em funções apenas em 1983) estabeleceu, num acórdão célebre (Ac. n.º 41, de 20.10.1977)⁴⁴, a orientação segundo a qual, nos termos do que era então o art. 205.º da CRP (hoje, art. 202.º, n.º 1), a função jurisdicional só podia ser exercido pelos tribunais. Ora, o art. 205.º expressamente caracterizava os tribunais a que se reportava como órgãos de soberania, que os tribunais arbitrais não são. Isso fez que, na doutrina, fosse suscitada a dúvida sobre a legitimidade constitucional dos tribunais arbitrais⁴⁵.

Note-se que a questão era bem mais melindrosa do que aquela que se abriu no Brasil, por via da proibição de a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, hoje constante do art. 5, XXXV, da Constituição, mas que vinha já da Constituição de 1946 (art. 141.º, 4.º). Aqui pode dizer-se, como disse o Supremo Tribunal Federal (Acórdão de 12.12.2001), que se está perante norma que confere uma protecção instrumental de direitos, a qual é renunciável, e que a proibição se reporta apenas à lei, não à autonomia da vontade. Em Portugal, estava em causa uma reserva de competência. O problema pôr-se-ia sobretudo quanto à atribuição de autoridade de caso julgado a sentença arbitral, independentemente de homologação pelo tribunal judicial, que fora abolida em 1876.

Na revisão constitucional de 1982, a dúvida foi ultrapassada, mediante o aditamento, atrás mencionado, da referência expressa aos tribunais arbitrais. E tem-se entendido que esta abrange os tribunais arbitrais tanto voluntários quanto necessários⁴⁶. Já depois de 1982, várias decisões do

⁴⁴ Publicado no *Apêndice ao Diário da República*, 30 de Dezembro de 1977. O Acórdão, relatado por Jorge Miranda, considerou inconstitucionais o n.º 4 do art. 109.º do Código Administrativo (1936/40), que atribuía aos administradores de bairro (municípios de Lisboa e do Porto) competência para, embora com recurso para tribunal, julgar despejos sumários de hóspedes ou de ocupantes de casas de habitação, e o § único do mesmo art. 109.º, respeitantes aos termos do processo perante o administrador de bairro. Subsequentemente, no Tribunal Constitucional a jurisprudência sobre o conteúdo e o alcance, em geral, da reserva de jurisdição sofreu muitas oscilações.

⁴⁵ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, Co. Ed., 1978, p. 400.

⁴⁶ Quanto aos tribunais arbitrais voluntários, vejam-se, em particular, os Acs. 230/86, 250/96 e 506/96. Quanto à arbitragem necessária, tenham-se em conta em especial os Acs. 86/87, 52/92 e o 181/2007. No Ac. 52/92 há uma declaração de voto a pôr em dúvida a admissibilidade constitucional destes tribunais necessários.

Tribunal Constitucional consideraram que mesmo antes das alterações constitucionais os tribunais arbitrais eram legítimos⁴⁷.

15. A Constituição sempre reservou à Assembleia da República a legislação sobre a «*organização e competência dos tribunais*»⁴⁸.

Em 1984, o Governo resolveu deslocar para diploma especial o regime da arbitragem voluntária, retirando-o do Código de Processo Civil. Para o efeito, aprovou e fez publicar um decreto-lei, emitido sem autorização legislativa (Dec.-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho). O Presidente da Assembleia da República e o Provedor de Justiça requereram ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva relativa ao decreto-lei. Este foi declarado inconstitucional⁴⁹.

Para além de dois votos de vencido, o tribunal dividiu-se na fundamentação. A maioria entendia que os tribunais arbitrais, mesmo voluntários, se encontravam directamente abrangidos pela reserva de competência legislativa. Outros sustentavam que esta respeitava somente aos tribunais que fossem órgãos de soberania, mas que o regime dos tribunais arbitrais contendia com a reserva, por envolver limitação da competência dos tribunais estaduais. O problema foi definitivamente resolvido, no primeiro sentido, pela revisão constitucional de 1989⁵⁰, mas o debate produzido no

⁴⁷ Nos processos em que foram produzidos os Acs. do Tribunal Constitucional n.ºs 289/86, 32/87, 59/87, 86/87, 93/87 e 94/87 foi suscitada, não apenas a questão da inconstitucionalidade orgânica, adiante referida, como também a da inconstitucionalidade material do Dec.-Lei n.º 296/82, de 28 de Julho, anterior à lei de revisão constitucional de 1982, que é de 3 de Setembro. O Tribunal entendeu que, mesmo antes da revisão, os tribunais arbitrais eram legítimos. Terá pesado o conforto oferecido pela nova redacção do texto constitucional. Mas, em resultado da sua posição, o Tribunal Constitucional não teve sequer de abrir a questão da inconstitucionalidade pretérita, isto é, da inconstitucionalidade perante normas constitucionais em vigor ao tempo da emissão do acto legislativo, mas subsequentemente abolidas ou revogadas (sobre o tema, *vide* o meu artigo «Inconstitucionalidade Pretérita», em JORGE MIRANDA (org.), *Nos Dez Anos da Constituição*, I. N. C. M., 1986, p. 267 e ss.).

⁴⁸ No texto originário era o art. 167.º, al. j); em 1982 passou a ser o art.º 168.º, n.º 1, al. q); hoje é o art. 165.º, n.º 1, al. p).

⁴⁹ Ac. n.º 230/86, de 8 de Julho (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 8.º vol., p. 115 e ss.).

⁵⁰ O texto do art. 168.º, n.º 1, al. p), abrange agora não apenas a organização e competência dos tribunais e outras matérias já nele antes referidas, como ainda a organização e competência «*das entidades não jurisdicionais de composição de conflitos*». Se a organização e competência destas últimas entidades é reservada à Assembleia da

acórdão e a fundamentação de diversos arestos que depois se pronunciaram sobre a constitucionalidade de diplomas respeitantes a tribunais arbitrais necessários⁵¹ permitiu ao Tribunal Constitucional acentuar que os tribunais arbitrais, tanto voluntários como necessários, eram verdadeiros tribunais cuja actividade tinha natureza pura de jurisdição.

16. Um decreto-lei de 1960⁵² estabelecia as Condições Gerais de Venda de Energia Eléctrica em Alta Tensão e criava uma comissão, que foi caracterizada como tribunal arbitral necessário, para dirimir os litígios entre as distribuidoras de energia eléctrica e os consumidores. Cada parte indicava um árbitro e o terceiro era nomeado pelo Governo. Acontece que as empresas de produção e distribuição de energia eléctrica foram nacionalizadas em 1975 e vieram a ser integradas na EDP, que foi constituída como empresa pública, passando em 1991 a ser sociedade de capitais públicos. Um decreto-lei de 1982⁵³ procurou, entre outros aspectos, reformular a composição da comissão arbitral: o árbitro presidente passaria a ser designado pelos outros árbitros ou, na falta de acordo entre estes, pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça. Aconteceu, porém, que o diploma foi julgado organicamente inconstitucional, por invasão da reserva da competência legislativa da Assembleia da República⁵⁴, e isso fez que o art. 49.º das Condições Gerais, que regulava a comissão arbitral, se mantivesse em vigor, pelo menos aparente.

O Provedor de Justiça requereu a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade do mencionado art. 49.º O Tribunal Constitucional

República, por maioria da razão o há-de ser o regime de organização e competência dos tribunais arbitrais – que são entidades jurisdicionais.

⁵¹ Assim, quanto ao Dec.-Lei n.º 296/82, adiante referido, os Acs. 289/86, 32/87, 59/87, 86/87, 93/87, 94/87 e 33/88, este a declarar a inconstitucionalidade do art. 1.º com força obrigatória geral; quanto ao n.º 1 do art. 36 do Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro, e à Portaria n.º 381/91, de 3 de Maio, respeitantes à criação de uma comissão arbitral para fixação dos aumentos de renda e processo perante ela, Acs. 33/96, 258/97 e, por fim, Ac. 114/98, que declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Já no que toca à intervenção de um tribunal arbitral necessário para fixar o valor de prédios objecto de expropriação, o Tribunal Constitucional sempre se pronunciou no sentido da constitucionalidade, em virtude de o regime constar de lei da Assembleia da República ou de decreto-lei autorizado (p. ex., Ac. 757/95).

⁵² Decreto-Lei n.º 43335, de 19 de Novembro de 1960.

⁵³ Decreto-Lei n.º 296/82, de 28 de Julho.

⁵⁴ *Supra*, nota 51.

pronunciou-se através de acórdão notável (Ac. 52/92), relatado pela Conselheira Assunção Esteves.

O Acórdão sublinha que o que está em causa é saber se, com a atribuição ao Secretário de Estado da Indústria da competência para nomeação do árbitro-presidente, «*não é afectada a garantia da independência e da imparcialidade do tribunal, estabelecida no art. 206.º da Constituição*»⁵⁵. Acrescenta que haverá ainda que trazer à colação «*a norma constitucional atributiva do direito ao tribunal, enquanto órgão independente e imparcial de resolução de litígios*». Ou seja, nas palavras do Tribunal Constitucional, «*o parâmetro de avaliação da constitucionalidade é dado pelas normas conjugadas dos arts. 20.º, n.º 1, e 206.º da Constituição*». O Art. 20.º, n.º 1, estabelecia (e continua a estabelecer) que «*[a] todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos [hoje, legalmente protegidos], não podendo a justiça ser-lhes negada por insuficiência de meios económicos*». O art. 206.º dizia (como o art. 203.º continua a dizer) que «*os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei*». O acórdão assinala que «*a imparcialidade é uma nota essencial do próprio conceito de tribunal*».

Depois de analisar a relação da EDP com o Estado e a sua subordinação ao Governo, o aresto conclui que «*(o) regime de designação do terceiro árbitro não se afigura adequado ao preenchimento das garantias de independência e imparcialidade*».

Assim, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade, com a força obrigatória geral, do referido art. 49.º, na parte em que atribuía ao Governo competência para a designação do terceiro árbitro, por violação não só do então art. 206.º (hoje, art. 203.º) da Constituição, como do art. 20.º, n.º 1.

17. O resultado a que o Acórdão chegou veio a ser reforçado pela modificação sofrida pelo art. 20.º da Constituição na revisão constitucional em 1997. Esta, tendo presente o art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, acrescentou naquele vários números, entre os quais um n.º 4, nos termos do qual «*todos têm o direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*». A independência e a imparcialidade de quem julga representam o requisito mínimo de um processo equitativo.

Aliás, a Convenção Europeia fala do direito a que uma causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal

⁵⁵ Preceito que passou depois a ser, e é hoje, o art. 203.º

independente e imparcial, fazendo-o, conforme se disse, sob a epígrafe «direito a um processo equitativo»⁵⁶.

18. A dúvida, decisiva aliás, que fica é a de saber se a doutrina do acórdão do Tribunal Constitucional atrás referida só vale para tribunais arbitrais necessários ou vale também para a arbitragem voluntária.

O acórdão admite a possibilidade de um entendimento restritivo, mas deixa a questão em aberto. Diz cuidadosamente: «*Não valem neste plano da arbitragem necessária as teses contratualistas de certa doutrina, segundo as quais, o fundamento da auctoritas arbitral residirá na autonomia da vontade das partes (...). O tribunal arbitral necessário é um instituto distinto, pela sua origem, do tribunal arbitral voluntário; surge em virtude do acto legislativo e não como resultado de negócio jurídico de Direito privado. Daí, o seu carácter tipicamente publicístico. Por este facto, a imparcialidade de julgamento, que na arbitragem voluntária poderia, em tese, mostrar-se assegurada pela livre concertação de vontades vertida no compromisso arbitral, postula, aqui, um outro tipo de garantias*».

De qualquer modo, na perspectiva de uma ordem jurídica estadual, uma visão meramente contratualista não justifica a atribuição à decisão arbitral da força de caso julgado. E cabe legitimamente perguntar se a independência e a imparcialidade não são co-essenciais à própria ideia de tribunal e de jurisdição e se podem pura e simplesmente dispensar-se aqueles traços na atribuição, a um acto, da qualidade e da força de sentença.

Para além deste aspecto geral, perante a Constituição portuguesa, e particularmente o n.º 1 do seu art. 20.º, o problema convola-se parcialmente em saber se a arbitragem voluntária se traduz numa *renúncia ao direito de acesso aos tribunais* ou, antes, num dos *modos possíveis do exercício desse direito*. Se se tratar de renúncia, a questão permanece em aberto. Se consistir num modo de exercício daquele direito, as exigências de independência e imparcialidade tornam-se indiscutíveis, porque fazem parte da natureza equitativa do processo, a que alude o n.º 4 do mesmo art. 20.º Caso o processo arbitral corresponda a um modo de exercício de direito constitucional de acesso aos tribunais, tem, por imperativo constitucional, de ser equitativo, o que só por si implica que os árbitros se encontrem sujeitos às imposições de independência e de imparcialidade.

Tenho para mim que direitos específicos de acção são renunciáveis – quanto ao exercício tanto por via judicial como arbitral – embora a

⁵⁶ *Supra*, n.º 8.

renúncia signifique, em rigor, a criação, *ope voluntatis*, de uma excepção dilatória ou processual. Nem nada conceptualmente impede de conceber um direito de acesso aos tribunais restrito aos tribunais estaduais, de modo que o recurso à arbitragem envolvesse renúncia àquele direito. Trata-se, aliás, da linha que, quanto à arbitragem voluntária, parece ter sido seguida nas instâncias europeias a propósito do art. 6.º da Convenção sobre os Direitos Humanos, justificada, aliás, pela circunstância de só os Estados poderem ser demandados perante o Tribunal Europeu⁵⁷. Mas também nada obsta a que a arbitragem voluntária seja configurada como modo de exercício de direito de acesso aos tribunais. A obrigação do Estado respeitaria especificamente a disponibilizar tribunais estaduais, mas os particulares poderiam optar por outras vias, para satisfação do interesse na tutela jurisdicional.

Apurar qual é a concepção constitucional traduz-se num problema de interpretação. Ora, julgo que é neste último sentido a interpretação feita pelo Tribunal Constitucional num acórdão recente (Acórdão 311/08), que, trilhando um caminho aberto em Janeiro de 2000 (antes da decisão do Tribunal Federal Alemão, de Setembro desse ano⁵⁸) pelo Supremo Tribunal de Justiça⁵⁹, veio «julgar inconstitucional, por violação do art. 20.º, n.º 1, da Constituição, a norma do art. 494.º, alínea j), do Código de Processo Civil, quando interpretada no sentido de a excepção de violação de convenção de arbitragem ser oponível à parte em situação superveniente de insuficiência económica, justificativa de apoio judiciário, no âmbito de um litígio que recaí sobre uma conduta a que eventualmente seja de imputar essa situação». O aresto suscita problemas melindrosos. O que, porém, aqui importa é que trata a via arbitral como um dos modos de realização de direito à tutela jurisdicional efectiva, e não como uma renúncia a esse direito. O acórdão configura a situação como um conflito entre o direito de autodeterminação ou de autonomia privada e o direito à jurisdição efectiva e diz que «[a] situação conflituante nasce, preci-

⁵⁷ CHARLES JARROSSON, «L'Arbitrage et la Convention Européenne des Droits de l'Homme», *Revue de l'Arbitrage*, 1989, 4, p. 573 e ss.; FRANZ MATSCHER, «L'arbitrage et la Convention», in L.-E. PETITTI, E. DECAUX e P.-H. IMBERT, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire*, 2.ª ed., Economica, 1999, p. 281 e ss. Em termos mais matizados, THOMAS CLAY, «L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable», ob. cit., p. 201 e ss., com indicação de doutrina num sentido e noutro.

⁵⁸ *Bundesgerichtshof*, III 2 R 33/00.

⁵⁹ Ac. de 18.01.2000, *BMJ*, 493 (2000), p. 327 e ss.

samente, da impossibilidade de satisfação simultânea dos direitos pertinentemente invocados, ambos com tutela constitucional: o de liberdade ne-gocial, como expressão da autodeterminação, a qual impõe a observância dos efeitos vinculativos do seu exercício sem vícios; o de tutela jurisdiccional efectiva, que, nas circunstâncias concretas, aponta no sentido da inexigibilidade da sujeição a esses efeitos».

A utilização dos tribunais arbitrais corresponde por conseguinte a um modo possível de exercício do direito do acesso à justiça. Aliás, noutra passo, o acórdão afirma que, «[n]a medida em que admite a existência de tribunais arbitrais (artigo 209, n.º 2) a ordem jurídico-constitucional portuguesa não estabelece um monopólio estadual de administração da justiça. A apreciação e solução de um litígio podem ser confiadas a tribunais constituídos por particulares, gozando a decisão por estes proferida de força executiva idêntica à das sentenças judiciais (artigo 26.º, n.º 2, da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto)».

Nestes termos, porque o direito de acesso aos tribunais implica o direito a processo equitativo e o procedimento de arbitragem voluntária representa constitucionalmente um modo de exercício do referido direito de acesso aos tribunais, tal procedimento tem de obedecer aos padrões do processo equitativo. Isso quer dizer, além do mais, que *constitucionalmente se requer independência e imparcialidade dos árbitros também na arbitragem voluntária.*

19. Se a independência e a imparcialidade dos árbitros são impostas pela Constituição e se uma e outra requerem garantias, a existência destas corresponde a exigência constitucional.

Há um ponto a sublinhar liminarmente: onde a lei ordinária for silenciosa no respeitante a essas exigências, não se está perante a (impropriamente) chamada inconstitucionalidade por omissão, por ausência de emissão de normas legislativas para que as exigências constitucionais sejam concretizadas. A imposição constitucional de independência ou imparcialidade do julgador corresponde a um direito fundamental, consignado no art. 20.º da CRP, e as normas constitucionais sobre direitos fundamentais são directamente aplicáveis (art. 18.º, n.º 1, da CRP). Segue-se que ao intérprete cabe formular as normas que caibam, na base da analogia com as regras respeitantes aos juízes, na medida em que aquela exista, ou, se for caso disso, nos termos do n.º 3 do art. 10.º do Código Civil (isto é, «... a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema»).

20. Assinale-se que, apesar de o art. 180.º da LDIP suíça de 1987 aludir (na arbitragem internacional) apenas à independência do tribunal, o Tribunal Federal suíço tem entendido que tanto ela como a imparcialidade do tribunal arbitral são constitucionalmente impostas. Quanto conseguiu perceber, essas exigências, baseadas, primeiro, no art. 58.º da Constituição de 1874, depois no art. 30, n.º 1, da Constituição de 1999⁶⁰, começaram por referir-se à qualificação de uma entidade como tribunal arbitral⁶¹, para passarem a reportar-se à regular constituição do tribunal, nos termos do art. 190.º, n.º 2, a), da lei de direito internacional privado⁶².

IV – CONSEQUÊNCIAS DAS IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

A) A inamovibilidade dos árbitros

21. A primeira garantia de independência dos juízes é a inamovibilidade. Esta significa que não podem ser destituídos de funções durante o período para que foram designados, salvo situações excepcionais e em que todas as salvaguardas sejam respeitadas. As funções podem ser vitalícias (o que significa até a data de jubilação ou reforma) – é o caso, entre nós, por lei, dos magistrados judiciais – ou podem ser temporárias – é o caso, p. ex., em Portugal, dos juízes do Tribunal Constitucional⁶³. O carácter temporário não prejudica a inamovibilidade – esta funciona durante o prazo estabelecido para funções⁶⁴.

Ora, a natureza jurisdicional da missão dos árbitros e a protecção que esta requer impõem que a garantia de inamovibilidade lhes seja igual-

⁶⁰ «Qualquer pessoa cuja causa deva ser julgada em processo judiciário tem direito a que a sua causa seja submetida a um tribunal estabelecido pela lei, competente, independente e imparcial. São proibidos os tribunais de excepção».

⁶¹ P. ex., ATF 119 II 271, de 15.03.93.

⁶² Vide ATF 125 I 389, de 15.10.01 (que parece fazer a transição, combinando as duas razões); ATF 129 III 445, de 27.05.03, e, ainda, Acs. de 7 de Janeiro de 2004, *ASA Bulletin*, 22:3 (2004), pp. 592 e ss., e de 20.03.08, *ASA Bulletin*, 26:3 (2008), pp. 565 e ss.

⁶³ A designação é feita presentemente por nove anos e não é renovável (Const., art. 222.º, n.º 1).

⁶⁴ Vide, quanto aos juízes do Tribunal Constitucional, os arts. 22.º e 23.º da LOTC.

mente aplicável – pelo período, claro, de duração da missão arbitral. Em particular, a parte que nomeou certo árbitro, o qual aceitou, não pode removê-lo. A inamovibilidade pode ser de extrema importância: imagine-se uma parte que pretende exercer pressão sobre o árbitro que designou; este resiste, a parte pretende substituí-lo. Aliás, a situação pode referir-se a uma pluralidade de arbitragens, se tiver sido celebrada cláusula compromissória com imediata indicação de árbitros (e aceitação por estes).

Poderia tentar dizer-se que a inamovibilidade do árbitro, enquanto inamovibilidade pela parte que o indicou, resulta, se se utilizar o conceito, do próprio contrato de árbitro⁶⁵. Mas a ideia é ilusória, porque, se a situação fosse meramente contratual, poderia clausular-se o contrário. Porém, uma cláusula dessas opor-se-ia às exigências próprias da função jurisdicional. Uma cláusula de um contrato de árbitro que permitisse à parte na arbitragem revogar a designação do árbitro seria *nula*, pelo que o fundamento da inamovibilidade não é pelo menos apenas contratual – no caso, é, aliás, e ainda, constitucional.

A inamovibilidade vale igualmente para o árbitro ou árbitros designados por instituição de arbitragem (ou por tribunal do Estado).

A dúvida que me fica respeita à remoção por acordo das partes na arbitragem. Tem-se entendido que é possível⁶⁶. Mas há que atender à posição dos outros árbitros em cuja aceitação pode ter pesado a pessoa do árbitro que agora se quer remover ou que podem sentir prejudicada uma relação de solidariedade. Propenderia para considerar que, nesses casos, há fundamento de escusa justificada dos demais árbitros (art. 9.º, n.º 3, da LAV).

B) Princípio da irresponsabilidade dos árbitros pelo conteúdo das decisões

22. Princípio que se foi consolidando, a par com o reconhecimento da natureza jurisdicional da actividade dos árbitros, embora quase sem expressão directa nas leis⁶⁷, é o da irresponsabilidade dos árbitros pelo conteúdo das decisões ou da sua também chamada *imunidade*⁶⁸.

⁶⁵ Neste sentido, implicitamente, THOMAS CLAY, *L'Arbitre* cit., p. 729, e MANUEL BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Alm., 2010, p. 327.

⁶⁶ THOMAS CLAY, *L'Arbitre* cit., p. 729; MANUEL BARROCAS, ob. cit., p. 327.

⁶⁷ Encontra-se prevista no *Codice di procedura civile* (Itália), art. 813-ter, segundo o qual, fora de atraso, «os árbitros respondem exclusivamente por dolo ou culpa grave»

Entre nós, a LAV refere dois casos de responsabilidade de árbitros, nenhum deles referente ao conteúdo de decisões: o de o árbitro «*se escusar injustificadamente ao exercício da sua função*» depois de aceite o encargo (art. 9.º, n.º 3) e o de «*injustificadamente obstar [...] a que a decisão seja proferida no prazo fixado*».

Haverá, pelo menos, um outro caso de possível responsabilidade, sem conexão, pelo menos directa, com o conteúdo da decisão: o de o árbitro ocultar ou não revelar facto susceptível de pôr em causa a sua independência ou imparcialidade⁶⁹. Bem se sabe que a LAV não impõe explicitamente um dever de revelação. Mas, conforme adiante se referirá, a ausência de um tal dever parece que seria contrária ao princípio constitucional da necessidade de garantia de independência e da imparcialidade dos árbitros.

23. No que respeita ao conteúdo das decisões, a questão da responsabilidade dos árbitros só foi, que saiba, suscitada, entre nós num único conjunto de casos, nos anos sessenta e setenta, em acção contra um presidente de tribunal arbitral, distintíssimo juiz-conselheiro aposentado e anterior Presidente do Supremo Tribunal de Justiça. A questão inseriu-se numa série de litígios que, por essa época, se estabeleceram no seio da família Champalimaud. Pendiam várias acções cíveis em tribunal e, em 1962 e 1965, diversas partes acordaram em submeter, primeiro o objecto de umas, depois o de outras, a tribunal presidido pelo mencionado conselheiro e composto ainda por dois professores de direito.

Alguns membros da família Champalimaud (que não o Sr. António Champalimaud) intentaram acção de responsabilidade civil contra o Presidente do Tribunal Arbitral, em termos que não são claramente apreensíveis através dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (únicos publicados,

nos limites previstos para a responsabilidade dos juízes (e depende de acolhimento de impugnação da sentença arbitral, com fundamento que o seja também de responsabilidade). O projecto Caramelo também refere expressamente a irresponsabilidade dos árbitros (art. 9.º, n.º 4).

⁶⁸ P. ex., FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer, 1999, n.ºs 1077 e ss., pp. 589 e ss., THOMAS CLAY, *L'Arbitre* cit., p. 451 e ss., H. L. YU e L. SHORE, «Independence, Impartiality and Immunity of Arbitrators – US and English Perspective», *International and Comparative Law Quarterly*, 52:4 (2003), p. 935 e ss.; POUURET e BESSON, ob. cit., para 445 e ss., p. 373 e ss., LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional – A determinação do estatuto da arbitragem*, Alm., 2005, pp. 131-132.

⁶⁹ Cfr. LIMA PINHEIRO, ob. cit., p. 132.

segundo o nosso conhecimento), mas que se traduziriam na invocação da prática pelo tribunal arbitral de actos que os autores entenderam ilícitos, incluindo o exercício da competência da competência, a interpretação de contrato e a aplicação de multas.

A primeira linha de defesa do Presidente do Tribunal Arbitral consistiu em alegar que, funcionando os árbitros como juízes, se lhes aplicavam as regras respeitantes ao julgamento de juízes por actos praticados em exercício de funções, o que significava que o julgamento teria de ser efectuado, em primeira instância, pelo Tribunal da Relação. O Tribunal da Comarca de Lisboa não acolheu a excepção e terá condenado o Presidente do Tribunal Arbitral em indemnização a liquidar em execução da sentença⁷⁰. Interposto, pelo réu, recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, este considerou a primeira instância incompetente e revogou a sua decisão quanto ao mérito. Em agravo, o Supremo veio, por maioria, a entender que os árbitros não eram equiparáveis aos juízes para efeitos de competência em razão da hierarquia, revogou a decisão da Relação e mandou o processo baixar a esta para decidir as demais questões⁷¹.

Anos depois, um aresto do Supremo, proferido em recurso de acção intentada contra o Presidente do mesmo Tribunal Arbitral por outra parte, veio decidir em contrário, considerando agora, de novo por maioria, que os árbitros eram equiparáveis aos juízes para efeitos de foro respeitante a actos praticados no exercício das funções.

Gerou-se conflito de jurisprudência, o qual determinou que o Supremo Tribunal de Justiça viesse a proferir o assento n.º 3/78⁷².

O dispositivo do assento afirma:

«Compete ao tribunal comum, segundo as regras do processo comum, conhecer das acções propostas contra árbitros por causa do exercício das suas funções».

Na fundamentação encontra-se, porém, um passo que permitiria ir mais longe:

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

⁷⁰ Conforme vem referido no Ac. STJ mencionado na nota seguinte.

⁷¹ Ac. STJ 23 Out. 1970, *BMJ*, 200 (1970), p. 202 e ss.

⁷² *DR*, I Série, n.º 69, de 23 de Março de 1978.

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

O Supremo não chegou a tomar posição formal sobre o regime substantivo da responsabilidade civil dos árbitros, mas a afirmação acabada de transcrever e outras a seguir feitas mostram que admitiria para não lhes reconhecer «imunidade»⁷³. A verdade, porém, é que o Supremo Tribunal de Justiça raciocinou sobre uma versão do texto constitucional que veio a ser alterada. Os tribunais arbitrais foram depois constitucionalmente reconhecidos como verdadeiros tribunais (embora não tribunais do Estado), com função jurisdicional. Este paralelismo não é suficiente para atribuição de árbitro de foro especial. Mas é-o para que o seu regime de responsabilidade pelo conteúdo das decisões seja moldado sobre o do juiz, com as devidas adaptações.

Assim, o árbitro só será responsável em caso de dolo ou no de culpa grave por erro manifesto ou grosseiro, na medida em que a responsabilidade por culpa grave possa ser tida como constitucional.

Quanto a adaptações, porque os tribunais arbitrais não são órgãos de nenhuma pessoa colectiva, a responsabilidade tem de ser directa do árbitro perante a parte. Duvidoso é saber – e deixa-se a dúvida – se se mostra necessária a prévia anulação da sentença: não há conexão significativa entre os fundamentos de anulação e os de responsabilidade. Mas, pelo menos se existir possibilidade de recurso, a impugnação terá de ser efectuada e de obter vencimento final, para que a acção de responsabilidade possa ser decidida ou julgada procedente.

24. Não entrarei aqui na controversa questão de saber se a responsabilidade civil do árbitro é contratual ou extracontratual⁷⁴. Por mim,

⁷³ Segundo o que pudemos saber, o Presidente do Tribunal Arbitral acabou por, amargurado, renunciar às funções; o Tribunal Arbitral extinguiu-se e as acções de responsabilidade civil terão cessado também.

⁷⁴ Entre nós, no sentido de que a responsabilidade tem natureza contratual, especialmente HENRIQUE MESQUITA, «Arbitragem: Competência do Tribunal Arbitral e Responsabilidade Civil do Árbitro», *AB VNO AD OMNES*, Co. Ed., 1998, p. 1381 e ss., e LIMA PINHEIRO, ob. cit., p. 131: contra, PEDRO ROMANO MARTINEZ, «Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragem voluntária *ad hoc*», em *Estudos em Memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Alm., 1995, p. 827 e ss.

propenderia para distinguir situações. Em geral, a responsabilidade seria contratual. Mas, desde que a responsabilidade civil respeitasse ao teor da decisão, o carácter delitual cumular-se-ia e consumiria o contratual⁷⁵. Aliás, a nossa lei, se não incrimina a prevaricação de árbitro (porquê?), incrimina a corrupção (Cód. Pen., art. 386.º, n.º 3, al. *d*), na versão da Lei 59/2007, de 4 de Setembro). Havendo corrupção de árbitro, teremos responsabilidade civil (aquiliana) conexas com responsabilidade criminal.

De qualquer modo, mesmo que se considerasse que a responsabilidade teria natureza contratual, nunca poderia presumir-se culpa grosseira ou grave. Na responsabilidade obrigacional, o Código Civil presume a culpa (art. 799.º, n.º 1), não modalidades qualificadas desta.

C) Impedimentos, suspeições e fundamentos de recusa dos árbitros

25. No que toca à imparcialidade, a LAV limita-se a remeter, quanto aos árbitros não nomeados por acordo das partes, para o «*regime de impedimentos e excusas estabelecido na lei de processo civil para os juízes*».

A referência a excusas abrange seguramente as suspeições (art. 127.º). Além de ser de todo desrazoável (e inconstitucional) que as não incluísse, a epígrafe do art. 10.º e o n.º 1 falam de recusa de árbitro, que se reporta precisamente à hipótese de suspeição.

O art. 10.º deixa algumas dúvidas que podem ser resolvidas sem necessidade de invocar os princípios constitucionais, embora estes reforcem a solução. Assim, a não aplicabilidade aos árbitros escolhidos por acordo das partes dos impedimentos e suspeições há-de referir-se aos impedimentos que eram conhecidos ou razoavelmente cognoscíveis ao tempo da escolha. E, no domínio do n.º 1 do art. 10.º, há-de equiparar-se à causa superveniente a causa apenas supervenientemente conhecida e razoavelmente cognoscível⁷⁶.

26. Todavia, o ponto crítico respeita aos fundamentos de suspeição e, por conseguinte, de recusa. Um membro da magistratura judicial é juiz em prática exclusividade. O art. 127.º, do mesmo modo aliás que o art. 122.º, reportam-se, no essencial, a conflitos de interesses do próprio juiz,

⁷⁵ Neste sentido, parece pronunciar-se MANUEL BARROCAS, ob. cit., p. 368.

⁷⁶ Vide Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, art. 11.º

pessoal e directamente, ou de familiares seus. O problema com os árbitros é que «andam no mundo» e podem ter interesses muito diversificados, para lá da prática como árbitros. Terão clientes, colegas de sociedade de advogados, e isso gera uma teia de interesses relacionados de que é preciso dar conta, sem que se tornem possíveis enunciações com pretensão taxativa.

Ora, o princípio constitucional da imparcialidade dos árbitros e o direito a tribunal imparcial exigem que aquele tipo de relações possa ser fundamento de recusa. É hoje impensável, p. ex., e tomando um caso extremo, que, de membros da mesma sociedade de advogados, um seja mandatário de uma das partes e outro árbitro⁷⁷.

27. Referiu-se atrás que se tem entendido que os arts. 122.º e 127.º do CPC são taxativos, na enunciação que fazem dos impedimentos e dos fundamentos de recusa. Aliás, o art. 127.º di-lo expressamente. Contudo, pelo menos quando transpostos para os árbitros e por força do direito fundamental a um julgador imparcial, os fundamentos têm de ser alargados⁷⁸. O que há que fazer é o que o Tribunal Constitucional fez a propósito do art. 112.º do Código de Processo Penal de 1929. O preceito enumerava os fundamentos de suspeição e propendia-se para entender que a enumeração era taxativa. O n.º 7 falava de «*graves motivos de inimizade entre o juiz e o ofendido, a parte acusadora e o arguido*», não se referindo a inimizade entre o juiz e um mandatário. Pelo Ac. n.º 227/97, reportando-se à ainda vigência, em Macau, do Código de Processo Penal de 1929, o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional a norma do mencionado n.º 7, «*quando interpretada de forma restritiva ou taxativa, de modo a considerar irrelevante como fundamento de recusa do juiz por suspeição a invocada existência de grave inimizade entre este e o mandatário forense do arguido...*». O Tribunal refere-se ao direito a um julgamento independente e imparcial, mas não invoca o n.º 4 do art. 20.º da

⁷⁷ No texto, não se analisa especificamente o tema dos árbitros de parte. Sendo árbitros, encontram-se sujeitos aos princípios da independência e da imparcialidade constitucionalmente impostos e, portanto, ao regime de impedimentos e recusas daí decorrentes. Sobre o tema dos árbitros de parte, *vide*, entre nós, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, «O dever de independência do árbitro de parte», *Themis*, Ano IX, N.º 16, 2009, p. 319 e ss., e ANTÓNIO PINTO LEITE, «Independência, Imparcialidade e Suspeição de Árbitros», n.º 2, para publicação na *Revista Brasileira de Arbitragem*.

⁷⁸ O Dr. Manuel Barrocas sustenta-o, mas sem indicar fundamento – ob. cit., pp. 300-301.

Constituição, que ainda não tinha sido introduzido. Invoca, sim, o art. 32.º, n.ºs 1 e 3, sobre garantias de defesa em processo penal e liberdade de escolha do defensor⁷⁹. Mas aquelas garantias de defesa são as que se traduzem na imparcialidade do tribunal. Aquilo que, no fundo, vale para os árbitros, por imposição constitucional, é, *mutatis mutandis*, o que consta do n.º 1 do art. 43.º do actual Código de Processo Penal: o árbitro pode ser recusado quando a sua intervenção «*correr o risco de se tornar suspeita, por existir motivo, sério e grave, adequado a gerar desconfiança sobre a sua imparcialidade*».

28. Há, evidentemente, diferenças entre a arbitragem e o processo penal. A arbitragem está, por definição, na disponibilidade das partes, o que tem óbvias consequências quanto à possibilidade de renúncia a fundamentos de recusa e no que toca a ónus de os invocar em tempo. A existência desse próprio ónus, combinado com a variedade e, frequentemente, o carácter não público das situações susceptíveis de gerarem dúvida, justifica que, sem prejuízo de um possível ónus de investigação pelas partes, os convidados para árbitros e os árbitros tenham o dever de comunicar quaisquer circunstâncias, anteriores ou subsequentes à nomeação, capazes de suscitar dúvidas sobre a sua independência ou imparcialidade. Trata-se de um dever de *boa fé*, que esta, só por si, justifica. Mas, se mais for necessário, pode-se recorrer ao n.º 3 do art. 10.º do Código Civil, no quadro da integração de lacuna aberta pelos princípios constitucionais.

Aliás, a solução em causa encontra-se consignada na lei modelo da UNCITRAL (art. 12, n.º 1), em diversas leis⁸⁰ e regulamentos de arbitragens institucionalizadas⁸¹.

⁷⁹ O Ac. do Tribunal Constitucional n.º 135/88 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 11.º vol., p. 945 e ss.) já tinha considerado inconstitucional a norma do art. 116.º da CRP de 1929, «*na parte em que proíbe que o juiz, se declare impedido em acções penais por virtude de ofensas que lhe tenham sido feitas na sua presença e no exercício das suas funções, e em que impede que se lhe possa opor impedimento*», também por violação do n.º 1 do art. 32.º da CRP.

⁸⁰ P. ex., ZPO, § 1036 (1); lei espanhola (art. 17.º, n.º 2); lei sueca (art. 9.º).

⁸¹ CCI, art. 7, n.ºs 2 e 3; LCIA, art. 5.3; Swiss Rules, art. 9, n.º 2; AISCC, art. 14 (2); CAC Lisboa, art. 10.º, n.ºs 2 e 3.

D) Anulação da sentença arbitral por irregular constituição do tribunal

29. O art. 27.º da LAV indica, como fundamento de anulação da sentença arbitral, ter sido proferida por tribunal irregularmente constituído (n.º 1, al. b)). Há casos variados de irregular composição do tribunal. Um deles é o de ser formado por árbitros que não preencham os requisitos de imparcialidade. A afirmação é independente do alargamento, imposto pela Constituição, dos fundamentos de suspeição. Se for parte na causa o cônjuge ou o filho de um árbitro, é manifesto que o tribunal se encontra irregularmente constituído, nos termos conjugados do art. 10.º, n.º 1, da LAV e do art. 122.º, n.º 1, al. b), do CPC.

O n.º 2 do art. 27.º da LAV impõe um ónus relativamente à invocação de irregular constituição do tribunal arbitral: não pode fazê-lo a parte que teve conhecimento no decurso da arbitragem e que (podendo fazê-lo) não o alegou oportunamente⁸².

O referido n.º 2 parece significar que a recusa deve ser julgada, salvo convenção em contrário⁸³, pelo próprio tribunal arbitral. É aliás a solução prevista no n.º 2 do art. 13 da lei modelo da UNCITRAL⁸⁴. E, de facto, os Presidentes dos Tribunais da Relação têm entendido que a remissão constante do art. 10.º da LAV para o CPC não abrange o processo de julgamento da suspeição. De qualquer modo, tenha-se o tribunal arbitral ou quem for pronunciado ou não sobre a suspeição, sempre poderá, uma vez proferida a sentença, pedir-se a respectiva anulação, com fundamento em irregular constituição do tribunal arbitral, cabendo ao tribunal judicial decidir.

30. E se, não havendo ou não tendo sido suscitadas questões quanto à regularidade da composição do tribunal, a decisão sofrer de parcialidade. isto é, tivesse sido proferida com intenção de prejudicar ou beneficiar

⁸² A al. b) do n.º 1 do art. 27.º abrange dois fundamentos de invalidade da sentença: a incompetência e a irregular constituição do tribunal. Quanto à incompetência, há previsão autónoma, no art. 21.º, n.º 3: pode, e só pode, ser arguida até a apresentação da defesa quanto ao fundo da causa ou juntamente com esta.

⁸³ No Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Lisboa), a competência para decidir sobre recusas pertence ao Presidente do Centro (art. 11.º do Regulamento). Nas arbitragens institucionalizadas em geral, há um órgão, diferente do tribunal arbitral, que conhece das recusas.

⁸⁴ Embora esta preveja recurso subsequente no tribunal do Estado (art. 13, n.º 3).

alguém, em princípio uma parte? Uma decisão nestes termos, tomada por juiz, constituiria crime de prevaricação agravada (Cód. Penal, art. 369.º, n.º 2).

Há quem considere que não será possível renunciar no recurso extraordinário de revisão⁸⁵. Um dos fundamentos deste é que por «*sentença transitada em julgado tenha sido comprovado que a decisão resulta de crime praticado pelo juiz no exercício das suas funções*» (CPC, art. 771.º, al. a)). Simplesmente, e como atrás se disse, quanto a árbitros só a corrupção é punível, não a prevaricação. Desse modo, mesmo admitindo que houvesse sempre a possibilidade de revisão, só no caso de corrupção a revisão da decisão arbitral poderia funcionar.

O Dr. Manuel Barrocas, a propósito da sentença proferida por árbitro não independente ou imparcial, nos termos do art. 10.º da LAV (interpretada como não taxativa⁸⁶), considera que a sentença pode ser anulada por ofensa da ordem pública⁸⁷. De qualquer modo e salvo o devido respeito, quando haja impedimento ou fundamento de suspeição, a invocação da ordem pública mostra-se, pelo menos, inútil: o alargamento dos fundamentos de suspeição resulta de imposição da Constituição e a situação é de irregular constituição do tribunal arbitral, fundamento de anulação expressamente previsto no art. 27.º da LAV. Para lá disso, tenho as mais fundas reservas sobre que, de *jure condito*⁸⁸, a violação da ordem pública constitua fundamento de anulação da sentença arbitral, embora um importante aresto do Supremo Tribunal de Justiça, ainda que não dando por verificada, no caso, ofensa da referida ordem pública⁸⁹, e uma parte

⁸⁵ PAULA COSTA E SILVA, «Anulação e Recursos da Decisão Arbitral», *ROA*, ano 52, III, p. 991, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, vol. II, Co. Ed., 2003, p. 148, e ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Práticas Arbitrais — Lições no Mestrado Forense da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa*, p. 198. Suponho que estes autores limitarão também a exclusão de recurso na arbitragem internacional (art. 34.º da LAV).

⁸⁶ *Vide supra*, nota 78.

⁸⁷ *Ob. cit.*, p. 312.

⁸⁸ O fundamento de violação da ordem pública encontra-se acolhido pela lei modelo da UNCITRAL (art. 34 (2), (b), (ii)). Sampaio Caramelo tinha-o incluído no anteprojecto, 2009, da nova LAV que preparou, mas texto subsequente afasta-o. Sobre o tema, *vide* ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, «A reforma da Lei da Arbitragem Voluntária», publicado na *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano II (2009), p. 42 e ss.

⁸⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 2008 (proc. n.º 08ª1698), anotado por Mariana França Gouveia e Assunção Cristas (anotação para publicação nos *Cadernos de Direito Privado*).

relevante da doutrina portuguesa se pronunciem no sentido afirmativo⁹⁰. Na minha reserva não pesa apenas a circunstância de o fundamento não se encontrar indicado no art. 27.º da LAV. Pesa ainda a de que, tendo-se a LAV inspirado em boa medida no Dec.-Lei n.º 243/84, declarado orgânica mas não materialmente inconstitucional, eliminou a referência que deste constava à ofensa da ordem pública, como primeiro fundamento de anulação da sentença arbitral⁹¹.

Os fundamentos de anulação da sentença arbitral não podem deixar de ser taxativos, salvo se outra coisa resultar de princípios supralegislativos. Não se pode afirmar que os princípios constitucionais exigem a possibilidade de anulação de sentença arbitral por prevaricação, sem condenação criminal, porque o princípio da imparcialidade vale também para os tribunais do Estado e nunca ninguém pensou em anulação de sentença nesses termos.

Aliás, num prazo curtíssimo como é o do pedido de anulação de sentença arbitral, faltando prévia indicação de fundamento de suspeição, praticamente só se tem como viável o caso de *a própria sentença* revelar parcialidade na absolvição ou condenação – seja, por exemplo, a sentença que faz considerações racistas ou sexistas. Num caso deste tipo, nenhum tribunal deixará de anular. O fundamento estará ainda na irregular constituição do tribunal – o que acontece é que aqui é a própria sentença que

⁹⁰ Vide as referências constantes de ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, est. cit., p. 44, nota 80; acrescente-se MANUEL BARROCAS, ob. cit., pp. 520-522.

⁹¹ Era o seguinte o teor do art. 31.º do Dec.-Lei n.º 243/84: «1 – A decisão arbitral só pode ser anulada, perante o tribunal judicial, com os seguintes fundamentos: a) Ser contrária à ordem pública; b) Não ser o litígio susceptível de julgamento pela via arbitral; c) Ter sido proferida por instância arbitral irregularmente constituída; d) Ser nula ou ter caducado a convenção de arbitragem; e) Haver excesso de poderes do tribunal ou omissão de pronúncia da decisão sobre questões de que o tribunal arbitral devesse conhecer; f) Conter disposições contraditórias; g) Ter sido obtida por fraude; h) Violar o disposto no artigo 27.º, n.ºs 3, 5 e 6; i) Carecer de fundamentação; j) Ter sido baseada em prova reconhecidamente falsa ou declaração falsa por decisão judicial transitada em julgado; k) Ter sido descoberto, depois de proferida a decisão, documento ou outro meio de prova, retido pela parte contrária, capaz de nela influir decisivamente; l) Violar os princípios da contraditoriedade ou da igualdade das partes ou as regras imperativas do processo arbitral, com influência decisiva na decisão. 2 – Os fundamentos de anulação previstos nas alíneas c), d) e e) do número anterior não podem ser alegados pela parte que deles teve conhecimento no decurso da arbitragem e que, podendo fazê-lo, os não invocou no momento oportuno, nem pelo demandado, quando, não obstante a falta da sua citação, interveio no processo sem prejuízo da sua defesa».

revela o fundamento da suspeição. Se tiverem existido manifestações anteriores, haverá que fazer pesar a gravidade consumada da suspeição sobre o ónus de invocação imediata.

E) Sentença arbitral estrangeira

31. O que até agora se disse respeita a arbitragens sujeitas à lei portuguesa como *lex arbitrii*, isto é, *grosso modo*, a arbitragens com sede em Portugal. Porque a independência e a imparcialidade do tribunal constituem, seguramente, elementos integrantes da ordem pública internacional portuguesa, uma sentença de um tribunal arbitral localizado fora de Portugal em que o tribunal e árbitro ou árbitros não respeitem, pelo menos no essencial, os referidos requisitos, não pode ser reconhecida em Portugal (art. I, n.º 2 (b) da Convenção de Nova Iorque ou, se o Estado onde a decisão foi proferida não for parte na Convenção, CPC, art. 1096.º, al. f)).