



ANA RITA FAIAL FIGUEIREDO

Os tribunais arbitrais e o conceito de órgão jurisdicional para efeitos de aplicação do artigo 267º TFUE

Dissertação com vista à obtenção do grau
de Mestre em Direito

Orientadora:

Doutora Maria Helena Brito, Professora da Faculdade de Direito da Universidade
Nova de Lisboa

Setembro de 2017

Declaração anti plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Nota prévia

Esta dissertação encontra-se redigida em língua portuguesa e respeita o novo acordo ortográfico. As citações de artigos em língua estrangeira foram transcritas na língua consultada em nota de rodapé e traduzidas, para a língua portuguesa pela autora, no corpo da dissertação.

Todos os excertos citados ao longo desta dissertação estão identificados em nota de rodapé, no final da respetiva página. A primeira referência a cada obra é completa, igual à que consta da bibliografia final, e inclui: nome completo do autor, título integral da obra (título da monografia ou título do artigo e do periódico), volume, edição, editora, local de publicação, ano e página(s) em que se encontra a informação em análise. As seguintes referências são constituídas apenas pelo nome do(s) autor(es) e título do livro ou do artigo e do título do periódico), seguido da abreviatura “*op. cit.*” e indicação da(s) respetiva(s) página(s). Tratando-se de documentos disponíveis on-line, apresentar-se-á o site de onde o documento foi consultado. Na bibliografia final, localizada imediatamente depois da conclusão, estão identificados alfabeticamente, pelo último nome, todos os autores citados.

Desta tese consta ainda uma tabela onde se refere a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia referida e/ou citada ao longo da dissertação. A tabela encontra-se organizada alfabeticamente pelo nome por que é conhecida cada decisão. Por exemplo, o acórdão elaborado no processo 106/77, que opôs a Administração das Finanças do Estado à Sociedade Anónima Simmenthal, está identificado como “Simmenthal”. Esta tabela inclui, para cada Acórdão, e para além do nome por que é conhecida a decisão, o n.º de processo, a data em que foi proferida a decisão e o nome das partes.

Lista de abreviaturas

Ac./acs	Acórdão/acórdãos
Al.	Alínea
C./cc.	Considerando/considerandos
CC	Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro
CE	Comunidade Europeia
CEE	Comunidade Económica Europeia
CPC	Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 74/2013, de 06 de setembro
CRP	Constituição da República Portuguesa, aprovada pelo Decreto de 2 de abril de 1976
DUE	Direito da União Europeia
EM	Estado(s)-Membro(s)
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro
N.º	Número
O.	Outros
Op. Cit.	Obra citada

P./pp.	Página/páginas
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (desde o
TJCE	Tratado de Lisboa designado por Tribunal de Justiça da União Europeia)
TJUE/ Tribunal de Justiça	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
<i>Vide</i>	Ver
§	Parágrafo

Declaração número de caracteres

Declaro que o corpo da dissertação ocupa um total de 126.500 caracteres.

Resumo

Num contexto em que a arbitragem assume cada vez mais importância como método alternativo de resolução de litígios e que o Direito da União Europeia regula cada vez mais áreas da vida europeia, alongando-se por matérias outrora impensáveis, impõe-se o estudo da possibilidade de os tribunais arbitrais submeterem questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça da União Europeia nos termos do artigo 267.º do TFUE.

Conjuga-se a falta de clareza da letra da lei com um emaranhado de decisões do Tribunal de Justiça e várias críticas dos Advogados-Gerais, o que determina a necessidade de analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a admissibilidade do reenvio e o preenchimento do conceito de *órgão jurisdicional* constante do artigo 267.º do Tratado.

Esta dissertação dividir-se-á em dois momentos: num primeiro momento estudar-se-á o conceito de *órgão jurisdicional* tal como tem sido interpretado pelo Tribunal de Justiça através da enunciação de critérios de aproximação e, num segundo, a forma como o Tribunal de Justiça tem aplicado aqueles critérios aos tribunais arbitrais, mais uma vez, para efeitos de preenchimento do conceito de *órgão jurisdicional*.

Referir-nos-emos aqui especificamente ao ordenamento jurídico português. Não obstante, parece que, em geral, tal raciocínio se aplica igualmente aos outros ordenamentos jurídicos europeus.

Palavras-chave: reenvio prejudicial, Tribunal de Justiça da União Europeia, arbitragem, tribunal arbitral, órgão jurisdicional.

Abstract

In a context where arbitration is increasingly important as an alternative method of dispute resolution, and European Union law more and more regulates areas of European life, expanding over previously unthinkable matters, it is necessary to study the possibility of the arbitral tribunals refer questions to the Court of Justice of the European Union under article 267 TFEU.

The lack of clarity of the letter of the law is coupled with a tangle of decisions of the Court of Justice and several criticisms by the Advocates-General. Together, they determine the need to examine the European Court of Justice case-law on the admissibility of referrals for preliminary ruling and the fulfillment of the concept of *court or tribunal* set out in article 267 of the Treaty.

This dissertation will be divided into two parts: firstly, the concept of *court or tribunal* as interpreted by the Court of Justice through the enunciation of criteria for approximation and, secondly, the form as the Court of Justice has applied those criteria to the arbitral tribunals, once more for the purpose of fulfilling the concept of *court or tribunal*.

We will refer here specifically to the Portuguese legal system. However, it seems that such reasoning generally applies equally to other European legal systems.

Key words: preliminary ruling, European Court of Justice, arbitration, arbitral tribunal, *court or tribunal*.

1. Introdução - o âmbito do trabalho

Neste estudo analisar-se-á a questão de saber se os tribunais arbitrais podem ou não submeter questões prejudiciais ao TJUE, ou seja, se os tribunais arbitrais são ou não considerados *órgãos jurisdicionais* para efeitos de aplicação do artigo 267.º, do TFUE.

O artigo 267.º, do TFUE, dispõe como que se segue:

“O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;

b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.”

O artigo 267.º do TFUE, sobre o *reenvio prejudicial* e, em particular, as normas constantes dos parágrafos 2 e 3, têm como destinatários os *órgãos jurisdicionais nacionais* dos Estados-Membros. Porém, coloca-se a seguinte questão: o que são *órgãos jurisdicionais nacionais*? Não há dúvida de que o conceito abrange os tribunais em sentido estrito, ou seja, os tribunais estaduais. Mais, não há dúvida de que foi a pensar nestes órgãos que a norma foi criada pelo legislador europeu.

Mas o que dizer, e para o que aqui importa, em relação aos tribunais arbitrais? São estes *órgãos jurisdicionais nacionais* para efeitos de aplicação do artigo 267.º do TFUE? Devemos distinguir a arbitragem conforme esta seja institucionalizada ou *ad hoc*? Conforme seja necessária ou voluntária? Conforme tenha origem legal ou convencional? Conforme caiba ou não recurso da decisão arbitral para os tribunais estaduais (ou seja, conforme os tribunais arbitrais decidam ou não em última instância)?

A resposta a estas questões centra-se necessariamente na análise do conceito de *órgão jurisdicional* para efeitos de aplicação do artigo 267.º do TFUE, análise esta que será maioritariamente feita com recurso ao estudo da jurisprudência do TJUE.

Por ora, cabe delimitar o âmbito do trabalho à análise do conceito de *órgão jurisdicional*, sem nos debruçarmos sobre a questão de saber se esse *órgão jurisdicional* é ou não *nacional*.

Assim, começaremos por analisar, de forma genérica e sem grandes preocupações de exaustão, o regime jurídico do reenvio prejudicial e o conceito de *órgão jurisdicional*. Seguir-se-á, ainda na parte introdutória do trabalho, o estudo das seguintes questões: *a)* são os tribunais arbitrais tribunais comuns¹ da UE, a par dos

¹ Utilizamos a expressão “tribunais comuns” com o sentido que lhe é dado por NUNO PIÇARRA em “A Justiciabilidade do Direito da União Europeia: Tribunal de Justiça e Tribunais Nacionais”, onde escreve que “Ao renunciarem [...] a criar um sistema de tribunais próprios, destinados a aplicar especificamente o direito da União, os tratados fizeram dos tribunais nacionais os tribunais comuns de direito da União. Por

tribunais estaduais? e *b*) justifica-se que, à semelhança dos tribunais estaduais, existam preocupações de uniforme interpretação e aplicação do direito da UE no âmbito da justiça arbitral? Passar-se-á a uma breve análise do regime legal da arbitragem no ordenamento jurídico português e retomar-se-á discussão do conceito de *órgão jurisdicional*, desta feita já no âmbito do processo arbitral.

outras palavras, os tribunais dos Estados-Membros passaram a acumular com a sua qualidade de tribunais encarregados de aplicar o respetivo direito nacional a qualidade de tribunais encarregados de aplicar genericamente o direito da União”, NUNO PIÇARRA em “A Justiciabilidade do Direito da União Europeia: Tribunal de Justiça e Tribunais Nacionais”, disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_18647.pdf.

2. Considerações gerais sobre o reenvio prejudicial

O artigo 267.º do TFUE² consagra o mecanismo de reenvio prejudicial no ordenamento jurídico europeu.

Genericamente, este mecanismo permite que – ou impõe que, como veremos – os tribunais estaduais, quando tenham dúvidas sobre a interpretação³ dos Tratados ou sobre a validade e interpretação de atos de direito derivado, suspendam a instância (o *processo principal*) e questionem o TJUE a título *pré-judicial*⁴. Vejamos:

No âmbito da sua atividade jurisdicional, os tribunais são constantemente confrontados com a necessidade de aplicação de atos da União Europeia, pelo que são os primeiros a interpretar o Direito da UE⁵, a par da interpretação do Direito nacional de cada EM, em respeito pelo princípio da “*aplicação descentralizada do direito comunitário*”⁶. No exercício desta função, os tribunais estaduais têm obrigações, como seja a de interpretar o Direito nacional de acordo com o Direito Europeu, de não aplicar as normas nacionais que conflituem com normas ou

² Inicialmente a norma constava do artigo 177.º do Tratado CEE, tendo depois tomado forma no artigo 234.º do Tratado CE e, atualmente, no artigo 267.º do TFUE. Qualquer referência aos artigos 177.º ou 234.º deve considerar-se feita ao atual artigo 267.º do TFUE, se nada se disser em contrário.

³ “(...) *interpretar significa não só esclarecer o sentido material das disposições do direito comunitário em causa, mas também determinar o seu alcance e definir os seus efeitos*”, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 507.

⁴ “*Fala-se aqui em questões prejudiciais no sentido comum que o Direito Processual confere a essa expressão. Trata-se, de facto, de um juízo pré-judicial, isto é, anterior à decisão do fundo do litígio*”, FAUSTO DE QUADROS, *O Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 583.

⁵ “*A coerência do sistema europeu, a sua perenidade e o seu dinamismo dependerão, no essencial, da concretização judicial, e antes de tudo da atuação do juiz nacional, que se coloca na arquitetura judicial europeia como o primeiro juiz na realização do direito europeu da União.*”, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “O direito europeu em ação – A jurisprudência do TJUE”, Lisboa, 2010, disponível em <http://www.stj.pt/index.php/coloquios/participados/155-dtoeuropeu-jurisprudenciatjue>.

⁶ MÁRCIA COSTA BENTO e DORA RESENDE ALVES, “A noção de jurisdição para efeitos de interpeção de recurso prejudicial: a questão dos tribunais arbitrais”, p. 2, disponível em <http://repositorio.uportu.pt/bitstream/11328/1115/3/ContenciosoComunit%C3%A1rio.pdf>.

princípios da União, bem como têm competência para decidir, em última instância, da aplicação do Direito da União ao caso concreto. Com efeito, os tribunais estaduais têm, genericamente, a obrigação de “*contribuir para a boa administração da justiça*”⁷.

Estranho seria se, no âmbito da aplicação do DUE, não surgissem dúvidas quanto à sua interpretação ou validade. Afirmou o TJUE, no Ac. Rheinmühlen-Düsseldorf, que “*daqui resulta terem os órgãos jurisdicionais nacionais a faculdade ilimitada de recorrer ao Tribunal de Justiça, se considerarem que um processo neles pendente suscita questões relativas à interpretação ou à apreciação da validade de disposições de direito comunitário com base nas quais têm de decidir*”⁸.

Efetivamente, o esclarecimento de questões que incidam sobre atos de Direito da União Europeia é essencial para um desenvolvimento sólido e coerente do ordenamento jurídico europeu, garantindo que as normas europeias se apliquem da mesma forma nos vários Estados-Membros. “*Se lhe [ao tribunal nacional] fosse permitido resolvê-las [às dúvidas] sozinho e livremente, isso implicaria, a prazo, um fracionamento do direito comunitário, quebrando-se, desse modo, a uniformidade que se pretende atingir na ordem jurídica comunitária*”⁹. Da uniformidade na interpretação e aplicação do Direito comunitário “*depende a legalidade, a igualdade, a segurança jurídica, a primazia e a credibilidade do próprio projeto de integração europeia*”¹⁰, porquanto “*o quadro normativo do processo de integração seria subvertido se a uma mesma norma do Tratado ou do*

⁷ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 506.

⁸ Ac. Rheinmühlen-Düsseldorf, c.3.

⁹ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Op. cit., p. 505.

¹⁰ JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito da União Europeia*, Wolters Kluwer | Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 573.

*direito comunitário derivado pudessem ser dados sentidos diferentes no interior dos vários Estados-membros*¹¹.

Assim, numa ordem jurídica onde cada juiz nacional de cada EM tem a obrigação de aplicar o Direito da UE e, para tal, de o interpretar, impõe-se a criação de um mecanismo que permita o esclarecimento de dúvidas que surjam no âmbito dos processos nacionais. Esse mecanismo é o reenvio prejudicial¹².

O reenvio prejudicial é o instituto jurídico ao qual os órgãos jurisdicionais nacionais dos Estados-Membros recorrem¹³ no âmbito do exercício das suas funções quando, para a resolução de um caso concreto, e no respeito pela primazia do Direito da União Europeia, têm dúvidas quanto à interpretação ou validade de um ato comunitário. Como tal, este instituto é considerado o “*primeiro e (...) mais importante instrumento da interpretação conforme do Direito da União*”¹⁴.

Noutra perspetiva, para os cidadãos da União, o reenvio prejudicial é uma garantia de que os órgãos jurisdicionais nacionais vão aplicar o direito nacional de acordo e com respeito pelo DUE, interpretando os direitos subjetivos que lhes são atribuídos pelo Direito comunitário de modo uniforme em todos os Estados-

¹¹ PAULO DE PITTA E CUNHA, *Direito Europeu – Instituições e Políticas da União*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 95.

¹² “(...) a aplicação uniforme do protocolo n.º 3 não podia ser assegurada na ilha de Man se os seus órgãos jurisdicionais não pudessem interrogar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação desse protocolo (...) e sobre a validade dessa regulamentação (...). Daí resulta que, para assegurar essa aplicação uniforme, a Deputy High Bailiff’s Court deve ser considerada órgão jurisdicional competente para submeter questões sobre essas matérias ao Tribunal de Justiça nos termos do artigo 177.º do Tratado”. Ac. Barr e Montrose Holdings, cc. 9 e 10.

¹³ Ver, no que respeita às razões da existência e às funções do reenvio prejudicial, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Op. cit., p. 506 e JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, Op. cit., pp. 574 e 575, respetivamente.

¹⁴ FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Op. cit., p.581.

Membros. Esta garantia existe ainda que os cidadãos da União não possam, eles próprios, decidir pelo reenvio.

A relação estabelecida entre o tribunal nacional e o TJUE é então uma relação colaborativa, de confiança e de cooperação¹⁵, nos termos da qual “*o tribunal nacional e o TJ são chamados a contribuir direta e reciprocamente para a elaboração de uma sentença ou de um acórdão, com vista à interpretação e aplicação uniformes do direito comunitário no conjunto dos Estados membros*”¹⁶.

A teleologia do instituto é a aproximação do Direito dos EM¹⁷ através da uniforme interpretação e aplicação do Direito da UE¹⁸, porquanto o reenvio prejudicial fomenta o diálogo e impõe a cooperação dos tribunais estaduais entre si, mas também entre estes e o TJUE^{19,20}. Com base nesta relação, os tribunais estaduais têm sido frequentemente designados por *tribunais europeus comuns*²¹.

Neste sentido, MARIA ROSA OLIVEIRA TCHING escreveu que “*consabido que a ordem jurídica europeia agrega vinte e sete sistemas jurídicos nacionais,*

¹⁵ “*O processo previsto no artigo 177.º do Tratado CEE é, por isso, um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, graças ao qual o primeiro fornece aos segundos os elementos de interpretação do direito comunitário necessários para a solução dos litígios que lhes são submetidos.*” Ac. Dzodzi, c. 33.

¹⁶ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Op. cit., p. 518.

¹⁷ “*O sistema tem de ser fundado no compromisso, na confiança e no sentimento de pertença a uma mesma comunidade de direito e de juízes (...)*” ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “O direito europeu em ação – A jurisprudência do TJUE”, Op. cit..

¹⁸ Ver Recomendação do TJUE relativa aos processos prejudiciais 2010/C e 338/01, parágrafo 1.

¹⁹ “*(...) Article 177 is based on cooperation which entails a division of duties between the national courts and the Court of Justice in the interest of the proper application and uniform interpretation of Community law throughout all the Member States.*” Ac. Pasquale Foglia, c. 14.

²⁰ Ver ainda Ac. Pardini, c. 8.

²¹ CARLOS LOBATO FERREIRA, “Os tribunais portugueses e o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de tributação direta: algumas notas”, in *Revista do Ministério Público* 136, 2013, p. 123, disponível em http://rmp.smmp.pt/wp-content/uploads/2014/02/5.RMP_N136_CarlosLobatoFerreira.pdf.

*baseados em diferentes tradições normativas, doutrinárias e jurisprudenciais, não é de estranhar a problemática da articulação do Direito da União com os diferentes direitos nacionais, a começar pelo seu primado sobre estes direitos e pela necessidade de garantir a uniformidade da sua interpretação e aplicação em todos os Estados-Membros*²².

Assim, a uniformidade na interpretação do Direito comunitário pelo conjunto dos Estados-Membros é o principal objetivo do mecanismo do reenvio prejudicial e tem lugar no âmbito de uma relação de colaboração entre os órgãos judiciais estaduais e o TJUE. Pretende-se, desta forma, evitar incompatibilidades na interpretação do Direito da UE²³, bem como lacunas que possam colocar em causa a arquitetura europeia, assegurando-se assim a produção dos mesmos efeitos jurídicos em todos os Estados-Membros²⁴.

A relação estabelecida entre os tribunais estaduais e o TJUE tem a configuração atual porque *“a UE prescindiu da criação de um sistema de tribunais próprios, destinados a aplicar exclusivamente o seu direito, pelo que os tribunais dos EM’s são (...) os tribunais comuns da ordem jurídica da UE, existindo entre eles e o TJUE uma relação de cooperação horizontal e não de hierarquia*²⁵.

²² MARIA ROSA OLIVEIRA TCHING, “Juiz nacional – um juiz cada vez mais europeu!”, Guimarães, 2011, p. 136, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/07-DEBATER-Rosa-Tching-Juiz-Nacional-Um-juiz-cada-vez-m.pdf>.

²³ Ac. Parfums Christian Dior, cc. 23 e 25.

²⁴ “Embora se destine, portanto, a evitar divergências na interpretação do direito comunitário, cuja aplicação cabe aos órgãos judiciais nacionais, ele destina-se igualmente a assegurar essa aplicação, ao facultar ao juiz nacional um meio para eliminar as dificuldades que a exigência de dar ao direito comunitário o seu pleno efeito no âmbito de sistemas judiciais dos Estados-membros pode suscitar.”, Ac. Rheinmühlen-Düsseldorf, c.2.

²⁵ MARIANA NOGUEIRA SÁ, “Artigo 267º TFUE: Lex imperfecta? Das consequências da omissão do reenvio prejudicial à luz da lei civil portuguesa”, Lisboa, 2012, p. 12, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13226/1/VersaoFINAL.pdf>.

Esta relação de configuração horizontal, nos termos da qual não existe uma hierarquia em sentido Federal²⁶, tem como consequência a falta de competência do TJUE para apreciar ou corrigir decisões tomadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais, para se substituir a estes na tomada de decisões, para se pronunciar quanto à aplicação do Direito da União aos factos do caso concreto (ou seja, não é o TJUE que vai subsumir os factos ao Direito da União), ou para se pronunciar sobre a compatibilidade de disposições nacionais com o Direito Europeu.^{27,28,29,30}

A competência do Tribunal de Justiça limita-se então à interpretação do Direito da União, ainda que com base nos factos da causa principal, bem como nas normas legais nacionais aplicáveis. “*Contudo, para que o Tribunal de Justiça se possa pronunciar, importa que o juiz nacional indique de modo suficientemente claro o quadro legal e factual em que se inscrevem as questões colocadas ou as hipóteses factuais em que assentam*”³¹. Neste sentido, decidiu o Tribunal de Justiça que se exige ao juiz nacional “*que este defina o quadro factual e regulamentar no qual se inserem as questões que coloca ou que, pelo menos, explique as hipóteses factuais em que se baseiam essas questões*”³².

²⁶ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Op. cit., p. 504.

²⁷ O TJUE “(...) não é competente para decidir sobre a compatibilidade de uma disposição nacional com o direito comunitário (...). O Tribunal pode, no entanto, extrair das questões formuladas pelo juiz nacional, tendo em consideração os dados expostos por este, os elementos que interessam para a interpretação do direito comunitário, a fim de permitir a esse juiz a resolução do problema que lhe é submetido.” Ac. Pretore di Salò / X, cc. 15 e 16.

²⁸ “(...) o papel do Tribunal no âmbito de um processo prejudicial consiste em interpretar o direito da União ou pronunciar-se sobre a sua validade, e não em aplicar este direito à situação de facto subjacente ao processo principal. Esse papel incumbe ao juiz nacional e, por isso, não compete ao Tribunal pronunciar-se sobre questões de facto suscitadas no âmbito do litígio no processo principal nem sobre eventuais divergências de opinião quanto à interpretação ou à aplicação das regras de direito nacional”. Recomendação 2012/C 338/01 do TJUE, n.º 7.

²⁹ “(...) o Tribunal não pode pronunciar-se sobre a compatibilidade com o direito comunitário de uma disposição legislativa ou regulamentar nacional”, Ac. Barr e Montrose Holdings, c. 11.

³⁰ Ver ainda, no mesmo sentido, Ac. Pretura unificata de Turim, c. 6.

³¹ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, Op. cit., p. 504.

³² Ac. Wilson, c. 38.

Finalmente, não pode deixar de se frisar que o TJUE não é um tribunal de recurso e que o reenvio prejudicial não tem natureza contenciosa.

Assim, cabe ao órgão jurisdicional nacional (i) decidir em que momento do processo considera oportuno questionar o Tribunal de Justiça, (ii) apreciar a pertinência que as questões a colocar ao TJUE terão para a decisão do litígio – questão a que voltaremos *infra* –, e (iii) decidir pela submissão – ou não submissão – da questão ao Tribunal, ou seja, avaliar a oportunidade e a regularidade do reenvio, de acordo com as normas jurídicas nacionais³³.

Não obstante, o mecanismo do reenvio prejudicial não será utilizado, independentemente de parecer estar-se no âmbito do reenvio facultativo ou obrigatório – que adiante brevemente se referirá – quando:

- i. A questão submetida não tenha relevância, pertinência, nem seja necessária para a boa decisão do litígio no processo principal, ou seja, quando não seja efetivamente *pré-judicial*. Assim, serão rejeitadas todas as questões meramente teóricas, abstratas, hipotéticas ou impertinentes. Segundo JÓNATAS E. M. MACHADO, a análise da pertinência da questão cabe exclusivamente ao órgão de reenvio: “A avaliação da necessidade material e pertinência processual da questão é uma competência do órgão jurisdicional de reenvio, insindicável pelo TJUE, sendo a opinião das partes irrelevante”³⁴. Não obstante o tribunal de reenvio ser, em princípio, o que em melhores condições se encontra para apreciar a pertinência da questão suscitada, na verdade, em certas circunstâncias o TJUE tem aferido da sua própria competência, nos casos em que “entendeu que lhe cabia (...) analisar as condições em que o juiz nacional efetuou o reenvio”³⁵.

³³ Ac. Pardini, c. 8.

³⁴ JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito da União Europeia*, Op. cit., p. 581.

³⁵ Ac. Lourenço Dias, c. 17.

Assim, a apreciação da pertinência da questão suscitada cabe, em princípio, ao *órgão jurisdicional nacional*, sendo exclusiva a sua competência em matéria de iniciativa de reenvio.³⁶ Porém, o TJUE tem competência para, num segundo momento, apreciar a conformidade e o contexto em que o reenvio é submetido, através da análise dos requisitos que têm vindo a ser desenvolvidos pela jurisprudência comunitária.³⁷

- ii. A questão tenha já sido respondida pelo Tribunal de Justiça noutro processo, com um enquadramento material idêntico, ou seja, “*no caso de se tratar de uma questão idêntica a outra que já tenha sido objeto de reenvio, o juiz nacional, mesmo de última instância, fica desobrigado de submeter a questão prejudicial*”³⁸.
- iii. O ato da União Europeia sobre o qual recairia a questão seja de tal forma claro que não careça de esclarecimentos adicionais – *teoria do ato claro*. Contudo, “*não existe um sistema rigoroso de medição da clareza do ato para sustentar o reenvio, quando ele seja facultativo, ou para o dispensar, quando este seja obrigatório*”³⁹. Neste contexto, o ato deve considerar-se claro não apenas para o juiz da causa, mas para todos os juízes de todos os Estados-Membros e para o próprio Tribunal de Justiça. Assim, o juiz nacional que considere um ato claro, deve “*convencer[-se] de que esta*

³⁶ “(...) é o juiz nacional que tem o monopólio da iniciativa do processo prejudicial.”, FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009, 2.ª edição, p. 99.

³⁷ “*Só em circunstâncias excecionais cabe ao Tribunal de Justiça examinar as condições em que é chamado a pronunciar-se pelo juiz nacional, a fim de verificar a sua própria competência (...), e tal será o caso quando for manifesto que a interpretação do direito da União pedida não tem qualquer relação com a realidade ou com o objeto do litígio principal, quando o problema for de natureza hipotética ou ainda quando não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são submetidas.*” Ver MARIA EUGÉNIA MARTINS DE NAZARÉ RIBEIRO, “Artigo 267.º” in *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, p. 965.

³⁸ PAULO DE PITTA E CUNHA, *Direito Europeu – Instituições e Políticas da União*, Op. cit., pp. 94 e 95.

³⁹ JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito da União Europeia*, Op. cit., p. 583.

mesma evidência se impõe aos tribunais dos outros Estados membros e ao próprio TJ”^{40, 41}

Como já referido, o reenvio prejudicial pode ser obrigatório ou facultativo. A norma constante do § 3, artigo 267.º, do TFUE estabelece os casos em que o reenvio se deve considerar obrigatório. Em todos os outros, o reenvio será facultativo. A obrigatoriedade do reenvio prejudicial “*tem em vista impedir a formação de jurisprudência nacional contrária ao direito comunitário*”⁴² e verifica-se:

- i. Quando esteja em causa a invalidade de um ato de Direito comunitário secundário, caso em que deve ser o TJUE a esclarecer a questão, sob pena de ser posta em causa a unidade do sistema jurídico comunitário. Não obstante esta regra não constar do artigo 267.º do TFUE, foi a interpretação avançada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Foto-Frost*⁴³.
- ii. Quando surja uma dúvida sobre a interpretação de um ato da União perante um órgão jurisdicional que decida em última instância, ou seja, quando da decisão a ser proferida por aquele órgão não caiba recurso ordinário para um tribunal superior, ainda que o tribunal de reenvio não seja o órgão situado “*na cúpula do sistema jurisdicional nacional ou que o recurso para o órgão de cúpula dependa de uma decisão de admissibilidade*”⁴⁴. A ideia por detrás desta obrigatoriedade é a de que, quando o órgão não decide em última instância, a uniformidade da interpretação do Direito da União Europeia pode ainda vir a ser assegurada pelo tribunal para o qual caiba recurso ordinário, na medida em que este pode resolver a questão levantada

⁴⁰ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Op. cit., p. 515.

⁴¹ No âmbito do reenvio obrigatório, FAUSTO DE QUADROS escreveu que “*o juiz de última instância se encontra dispensado de suscitar a questão prejudicial junto do TJUE, e pode decidi-la ele mesmo, se a interpretação do ato de Direito da União em causa for evidente e não levantar qualquer dúvida que seja razoável*”, FAUSTO DE QUADROS, *O Direito da União Europeia*, Op. cit., p. 597.

⁴² ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Op. cit., p. 512.

⁴³ “*(...) há que responder à primeira questão que os órgãos jurisdicionais nacionais não são competentes para declarar a invalidade dos atos das instituições comunitárias*”, Ac. Foto-Frost, c. 20.

⁴⁴ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, Op. cit., p. 515.

pelo tribunal a *quo* ou, se achar que há razão para tal, submeter, ele próprio, a questão prejudicial ao Tribunal de Justiça. Pelo contrário, a uniformidade da interpretação do Direito da União Europeia não ficará salvaguardada se não couber obrigatoriamente recurso da decisão do órgão jurisdicional nacional. No mesmo sentido, FAUSTO DE QUADROS escreveu que “*a dispensa da obrigação de suscitar a questão prejudicial surge, exatamente, do facto de, em recurso interno da respetiva sentença, se poder resolver a dúvida levantada e salvaguardar a uniformidade na interpretação do Direito da União eventualmente aplicável. Não existe, portanto, risco para essa uniformidade pelo facto de se dispensar, nesse caso, a obrigação de suscitar a questão prejudicial*”⁴⁵.

Em todos os casos em que o reenvio não seja obrigatório nem inadmissível nos termos *supra* referidos, ele será, naturalmente, facultativo, pelo que cabe ao tribunal nacional, no uso dos poderes discricionários que o artigo 267.º do TFUE lhe confere, decidir pela submissão ou não submissão da questão prejudicial ao Tribunal de Justiça. Com a decisão de submissão, suspende-se o processo principal.

No que respeita à formulação das questões, estas são da competência exclusiva do juiz nacional responsável pelo processo que deve, *ex officio*, dirigi-las ao TJUE. Assim, cabe ao juiz nacional fornecer ao Tribunal de Justiça “*um quadro fáctico e normativo completo e detalhado do litígio do processo principal e responder aos pedidos de esclarecimento que lhe sejam dirigidos pela instância comunitária*”⁴⁶. Não obstante esta competência exclusiva, nos termos da qual o Tribunal de Justiça não se pode substituir ao tribunal nacional, o TJUE pode decidir responder, não responder, responder a parte das questões que lhe são colocadas, responder globalmente a todas as questões, subdividir as questões, alterar a ordem pela qual

⁴⁵ FAUSTO DE QUADROS, *O Direito da União Europeia*, Op. cit., p. 595.

⁴⁶ JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito da União Europeia*, Op. cit., p. 587.

responde, reformular as questões suscitadas, bem como transformar uma questão de interpretação numa questão de apreciação de validade, e *vice-versa*.⁴⁷

No Acórdão prejudicial, o TJUE “*pode, todavia, fornecer [ao tribunal de reenvio] todos os elementos de interpretação do direito comunitário que permitam a esse órgão jurisdicional apreciar a compatibilidade dessas normas [as normas de direito nacional] com a norma comunitária invocada*”^{48,49}.

Proferido o Acórdão que decide as questões prejudiciais, aquele é enviado ao tribunal nacional que retoma o processo principal. Neste, o juiz nacional – bem como os juízes que venham a decidir o mesmo processo, ainda que em fase de recurso – tem a obrigação de respeitar a decisão do TJUE, ou seja, de aplicar o ato da União considerado não inválido ou de não aplicar o ato inválido, bem como de interpretar a norma comunitária de acordo com o sentido que o Tribunal de Justiça lhe deu no Acórdão interpretativo.

Pelo que existe necessariamente alguma hierarquia, porquanto a decisão do TJUE é vinculativa para o juiz nacional. Simplesmente esta hierarquia não é a comumente existente nos Estados Federais.

Os efeitos produzidos pelas decisões do Tribunal de Justiça quando proferido um acórdão interpretativo, cujo sentido interpretativo e fundamentação apurados passam a integrar a própria norma comunitária, aproximam-nas do sistema do precedente, que caracteriza os ordenamentos jurídicos de *common law*. “*Isto é, o Acórdão prejudicial obriga os tribunais nacionais (aquele que suscitou a questão e todos os demais) mas o TJUE, quando algum destes voltar a colocar a mesma questão prejudicial, pode, se o entender adequado ou necessário, modificar a sua*

⁴⁷ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Op. cit., pp. 519 e 520.

⁴⁸ Ac. Barr e Montrose Holdings, c.11.

⁴⁹ Ver ainda Ac. Pretura unificata de Turim, c. 7.

*jurisprudência, isto é, o conteúdo e o sentido do acórdão anterior. Nesta última parte, esta orientação pretende ressaltar o caráter evolutivo da integração europeia, que pode levar o TJUE a ter de alterar a jurisprudência anterior sobre a mesma questão.*⁵⁰

Neste sentido, “o TJCE tem utilizado o reenvio interpretativo para desenvolver o Direito comunitário, assumindo claramente a doutrina da partilha da tarefa legislativa entre o legislador e o juiz. A interpretação e aplicação do Direito e o preenchimento de lacunas fazem parte do processo de formação do próprio direito, sendo certo que estas tarefas pertencem ao juiz”⁵¹.

Já quando o Acórdão proferido pelo TJUE declare a invalidade de um ato da União, a decisão vincula todos os intérpretes e aplicadores do Direito da União Europeia, que ficam obrigados por aquela decisão de invalidade, devendo, como tal, tudo fazer para eliminar o ato em causa do ordenamento jurídico comunitário.

É com base nestas considerações que passamos à análise do conceito de *órgão jurisdicional* para efeitos de aplicação do artigo 267.º do TFUE.

⁵⁰ FAUSTO DE QUADROS, *O Direito da União Europeia*, Op. cit., pp. 509 e 510.

⁵¹ JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 55 e 56.

3. Conceito de *órgão jurisdicional* - Critérios apontados pelo TJUE

A relação prejudicial é estabelecida entre duas partes: o Tribunal de Justiça da União Europeia e o *órgão jurisdicional nacional*.

O conceito de *órgão jurisdicional* tem de ser interpretado de acordo com diretrizes da União Europeia, sendo a esta instituição que cabe esclarecer quais os órgãos que se podem considerar jurisdicionais para efeitos de aplicação da norma constante do artigo 267.º do TFUE^{52,53}. É jurisprudência constante do TJUE que o “conceito de «*órgão jurisdicional de um Estado-Membro*» na aceção do artigo 267º TFUE é um conceito autónomo do direito da União (...)”⁵⁴, revestindo, como tal, “um significado autónomo em relação às definições em uso nas ordens jurídicas nacionais”⁵⁵.

Seria incomportável que cada Estado-Membro tivesse competência para definir o conceito de *órgão jurisdicional* ou de *jurisdição* de acordo com as suas regras nacionais, pelo que o preenchimento da definição não pode ficar dependente da diversidade de Direitos, ordenamentos jurídicos e culturas jurídicas nacionais⁵⁶. “Admitir os diversos conceitos nacionais de *jurisdição* é inaceitável, uma vez que seria posta em causa a eficácia do mecanismo do reenvio prejudicial. Assim sendo, a noção de *jurisdição* deve ser definida pelo Direito comunitário. Tem sido esta a orientação do TJCE, ao admitir reenvios de órgãos que no Direito interno respetivo não têm qualidade de *jurisdições*”⁵⁷ e, do mesmo modo, ao não admitir reenvios de órgãos que no Direito interno respetivo têm qualidade de *jurisdições*.

⁵² Ver MARIA EUGÉNIA MARTINS DE NAZARÉ RIBEIRO, “Artigo 267.º”, Op. cit., p. 964.

⁵³ Ver os Acórdãos Syfait, c. 29, Merck Canada Ink, c. 16, De Coster, c. 10, Ascendi, c. 23, entre outros.

⁵⁴ Conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar apresentadas no âmbito do Acórdão Ascendi, c. 32.

⁵⁵ Conclusões do Advogado-Geral Antonio Saggio apresentadas no âmbito do Ac. Gabalfrisa e O., c. 11.

⁵⁶ FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Op. cit., p. 605.

⁵⁷ JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário*, Op. cit., p. 58.

A interpretação do conceito é imprescindível e a letra do artigo insuficiente⁵⁸. De resto, “(...) *nem os Tratados nem a jurisprudência do Tribunal de Justiça contêm uma definição geral dessa expressão*”⁵⁹, pelo que, para aferir do carácter jurisdicional dos organismos, o TJUE tem de analisar, caso a caso, se o órgão que submeteu o pedido estava habilitado para tal de acordo com um conjunto de critérios orientadores^{60,61}, tendo em conta, nomeadamente, a diferente natureza, organização e outras particularidades que os órgãos podem apresentar.⁶² Com efeito, “[a] *elasticidade da jurisprudência é a prova viva do pragmatismo, de uma tendência para decidir caso a caso as necessidades de dar resposta prejudicial, independentemente da natureza jurisdicional do órgão que a submete*”⁶³ (tradução nossa).

Esta interpretação casuística do conceito de *órgão jurisdicional* traduz-se, desde logo, em insegurança jurídica. O cidadão da União que não elege os pelos tribunais estaduais para resolver o seu litígio, optando por dirimir o conflito noutro organismo, fá-lo sem saber se o organismo em causa poderá ou não submeter uma questão prejudicial ao TJUE, caso surja, no âmbito do processo principal, uma dúvida na interpretação ou aplicação de normas ou princípios da União.

⁵⁸ “(...) *the wording of Article 177 alone does not provide adequate support for the solution of the problem* (...)”, conclusões do Advogado-Geral Reischl apresentadas no âmbito do Acórdão Nordsee, p. 1118.

⁵⁹ Conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar apresentadas no âmbito do Acórdão Ascendi, c. 32.

⁶⁰ Ver MÁRCIA COSTA BENTO e DORA RESENDE ALVES, “A noção de jurisdição para efeitos de interpelação de recurso prejudicial: a questão dos tribunais arbitrais”, Op. cit., p. 13.

⁶¹ Ver ainda os Acórdãos Syfait, c. 29, Merck Canada Ink, c. 16, De Coster, c. 10 e Ascendi, c. 23, entre outros.

⁶² Ver MÁRCIA COSTA BENTO e DORA RESENDE ALVES “A noção de jurisdição para efeitos de interpelação de recurso prejudicial: a questão dos tribunais arbitrais”, Op. cit., p. 22.

⁶³ “*La elasticidad de la jurisprudencia es viva muestra del pragmatismo, de una tendencia a elegir caso por caso las necesidades de dar respuesta prejudicial, con independencia de la naturaleza jurisdiccional del órgano que la plantea.*” (versão consultada), DANIEL SARMIENTO, *Poder Judicial e Integración Europea*, Civitas Ediciones, 1.ª edição, Madrid, 2004, pp. 203 e 204.

Contudo, e em sentido contrário, também não nos podemos esquecer de que, para que o Tribunal de Justiça consiga proferir acórdãos em resposta a questões prejudiciais suscitadas pelos órgãos jurisdicionais com a qualidade e eficiência desejada, não pode permitir que todo e qualquer órgão em todo e qualquer processo submeta uma questão prejudicial. A verdade é que estamos perante um equilíbrio de interesses que merece uma ponderação sensata e cuidada por parte do Tribunal de Justiça, e que, de alguma forma, pode justificar que seja feita uma análise casuística do conceito, como aquele Tribunal tem feito.

Voltando à análise do conceito, podemos ensaiar uma interpretação histórica subjetivista, de forma a tentar perceber a que *órgãos jurisdicionais* é que o legislador europeu se estava a referir quando criou a norma constante do artigo 267.º do TFUE (que vem acompanhando o Direito da UE desde que foi consagrada no artigo 177.º do Tratado da CEE). Parece, numa primeira análise, que o legislador europeu se referia especificamente aos tribunais estaduais. Neste sentido, DANIEL SARMIENTO escreveu que os Tratados estabeleceram, com o regime do reenvio prejudicial, “*um monopólio a favor dos Tribunais estaduais*”⁶⁴ (tradução nossa). Não obstante, também parece claro que o legislador pretendeu consagrar um conceito aberto ou indeterminado, que se fosse moldando, com a orientação do Tribunal de Justiça da União Europeia, às necessidades da sociedade e à evolução jurisdicional.

Segundo o TJUE, a competência de um órgão para submeter questões prejudiciais ao TJUE é determinada de acordo com um conjunto de critérios funcionais e estruturais⁶⁵, pelo que se mostra determinante a verificação casuística das funções

⁶⁴ “[U]n monopolio a favor de los Tribunales estatales” (versão consultada), DANIEL SARMIENTO, *Poder Judicial e Integración Europea*, Op. cit., p. 191.

⁶⁵ Ac. Belov, c. 40.

que cada órgão “*exerce no contexto normativo particular em que tem de recorrer ao Tribunal de Justiça*”^{66,67}.

Assim, o TJUE tem considerado que a classificação de um organismo como sendo jurisdicional ou não jurisdicional depende do preenchimento de um “*conjunto de elementos, como a origem legal do organismo, a sua permanência, o carácter vinculativo da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação, pelo organismo, das normas de direito, bem como a sua independência.*”^{68,69} Cabe então analisar cada um dos critérios que têm vindo a ser apontados pelo TJUE.

i. Natureza jurisdicional do órgão

O TJUE tem entendido que “*os órgãos jurisdicionais nacionais só podem recorrer ao Tribunal de Justiça se perante eles se encontrar pendente um litígio e se forem chamados a pronunciar-se no âmbito de um processo que deva conduzir a uma decisão de carácter jurisdicional*”⁷⁰.

O Tribunal de Justiça considera, por razões que facilmente se compreendem, que a natureza jurisdicional do órgão é o primeiro critério a analisar, na medida que a

⁶⁶ Ac. Belov, c. 41.

⁶⁷ Não obstante a importância atribuída ao preenchimento destes critérios, no Ac. Barr e Montrose Holdings o TJUE analisou o conceito de *órgão jurisdicional* sem recorrer aos critérios por si fixados, decidindo simplesmente que “*para assegurar essa aplicação uniforme, a Deputy High Bailiff’s Court [tribunal da Ilha de Man] deve ser considerada órgão jurisdicional competente para submeter questões sobre essas matérias [sobre a interpretação de um protocolo comunitário] ao Tribunal de Justiça nos termos do artigo 177.º do Tratado.*” Ac. Barr e Montrose Holdings, c. 10.

⁶⁸ Ver, entre outros, Ac. Merk Canada Inc, c. 16, De Coster, c. 10, Syfait e O., c. 29, RLT Belgium, c. 36, Dorsch Consult, c. 23 e Schmid, c. 34., Gabalfrisa e O., c. 33, Köllensperger e Atzwanger, c. 17, Österreichischer Gewerkschaftsbund, c. 24, RAI, c. 11 e despacho ANAS, c. 20. Ver ainda as conclusões do D. Ruiz-Jarabo no processo C-17/00, c. 13

⁶⁹ Ver ainda as conclusões do D. Ruiz-Jarabo no processo C-17/00, c. 13.

⁷⁰ Ver, entre outros, Acs. Syfait, c. 29, Greis Unterweger, c. 4, Österreichischer Gewerkschaftsbund, c. 25, RAI, c. 12 e Despacho ANAS, c. 21.

sua não verificação implica, desde logo e sem necessidade da análise de outros critérios, a não admissibilidade do pedido de reenvio.⁷¹

No que respeita à forma como o conceito de *caráter jurisdicional do organismo* tem vindo a ser definido pelo TJUE constatamos, com D. Ruiz-Jarabo, que afirmar que um organismo tem caráter jurisdicional “*quando exerça funções jurisdicionais*”⁷² ou quando o processo “*deva conduzir a uma decisão de caráter jurisdicional*”⁷³ é “*o mesmo que não dizer nada*”⁷⁴, dada a redundância da definição. Aliás, é à partida um erro de lógica definir um conceito utilizando o próprio conceito na definição.⁷⁵

O pedido de reenvio prejudicial só será então admitido se o órgão de reenvio tiver por missão decidir litígios, não sendo suficiente a circunstância deste estar integrado no poder judicial de um Estado-Membro. Do mesmo modo, e em sentido inverso, um órgão pode decidir litígios mesmo que não esteja integrado no poder judicial^{76,77}. Ou seja, ainda que a estrutura em que o órgão está integrado seja um

⁷¹ “(...) *quando a KZD [Comissão para a Proteção contra a Discriminação] é chamada a exercer uma função como a que lhe incumbe no âmbito do processo principal, o referido organismo não tem natureza de «órgão jurisdicional» na aceção do artigo 267.º TFUE, não há que analisar se a KZD preenche os restantes critérios que permitem apreciar se um organismo de reenvio tem essa natureza (...)*” Ac. Belov, c. 54.

⁷² Despacho ANAS, c. 22, Ac. RAI, c. 13 e Ac. Belov, c. 40.

⁷³ Ac. Greis Unterweger c. 4 e Ac. Belov, c. 39.

⁷⁴ Conclusões do D. Ruiz-Jarabo no processo De Coster, c. 39.

⁷⁵ “*Regras da Definição: 1) O termo do conceito a definir não pode entrar no corpo da definição; também não se pode recorrer a palavras da mesma família.*”, SONALI GORDHANDAS, disponível em <http://horizontesfilosoficos28.blogspot.pt/2010/09/o-que-e-definicao-e-quais-sao-as-suas.html>.

⁷⁶ “*No âmbito desta análise, é irrelevante o facto de outras secções do organismo em causa, ou mesmo a própria secção que recorreu ao Tribunal de Justiça mas atuando no exercício de funções diferentes das que estão na origem deste reenvio, devam ser qualificadas como «órgãos jurisdicionais» na aceção do artigo 177.º do Tratado.*” Despacho ANAS, c. 23, última parte.

⁷⁷ “(...) *um organismo nacional pode ser qualificado como «órgão jurisdicional» na aceção do artigo 177.º do Tratado quando exerça funções jurisdicionais, enquanto, no exercício de outras funções,*

indicador do carácter jurisdicional ou não jurisdicional das decisões por ele proferidas, é insuficiente, porquanto não passa de um mero indício. Assim, “*é necessário verificar qual a natureza específica das funções que [o órgão de reenvio] exerce no contexto normativo particular em que tem de recorrer ao Tribunal de Justiça*”⁷⁸.

Deste modo, se por qualquer razão não existir⁷⁹ ou houver cessado a competência do órgão para decidir litígios, inexistente ou cessa também a suscetibilidade de preencher o conceito de *órgão jurisdicional* para efeitos de aplicação do artigo 267.º do TFUE.^{80,81,82}

ii. A origem legal do organismo

Um organismo que exerça funções jurisdicionais pode ter origem legal ou convencional. O mesmo é dizer que o organismo pode ter origem na lei ou na vontade das partes. Assim, tem origem legal o organismo que foi instituído com base em disposições legais de um Estado-Membro⁸³, bem como tem origem convencional o organismo a que as partes recorrem por determinação do seu acordo e da sua vontade.

designadamente de natureza administrativa, não lhe pode ser reconhecida essa qualificação.” Ac. RAI, c. 13.

⁷⁸ Ver Despacho ANAS, c. 23, Ac. RAI, c. 14 e Ac. Belov., c. 41.

⁷⁹ “(...) a função desempenhada pela Procura della Repubblica, no caso em apreço no processo principal, não é resolver (...) um litígio, mas submetê-lo, se for caso disso, ao órgão jurisdicional competente, enquanto parte no processo em que se exerce a ação penal.” Ac. processos penais contra X, c. 19.

⁸⁰ Ver Ac. Syfait cc. 35 e 36.

⁸¹ “A commissione consultiva [comissão consultiva em matéria de infrações relativas a divisas] não tem por missão decidir litígios, mas dar pareceres, no quadro de um processo administrativo.” Ac. Greis Unterweger, c. 4.

⁸² “Quando a Skatterättsnämnden [comissão de direito fiscal] profere, a pedido de um contribuinte, uma decisão preliminar em matéria de imposição ou de tributação, exerce uma função não jurisdicional que, diga-se de passagem, é expressamente confiada à administração fiscal noutros Estados-Membros.” Ac. Victoria Film, c. 17.

⁸³ Ver, entre outros, Ac. Dorsch Consult, c. 25, conclusões do Advogado-geral Maciej Szpunar apresentadas no âmbito do Ac. Ascendi, c. 35.

Com efeito, será um *órgão jurisdicional* para efeitos de aplicação do artigo 267.º do TFUE, o organismo cuja instituição haja sido determinada por lei. Este critério será retomado adiante, a propósito da distinção entre arbitragem legal e arbitragem convencional.

iii. A permanência do organismo

A permanência do organismo opõe-se ao seu caráter efémero. É permanente o organismo que existe antes e para além do litígio no âmbito do qual surja a dúvida de interpretação ou de validade de um ato de Direito da União Europeia. Pelo contrário, não será considerado *permanente* o organismo que se constitua para dirimir o conflito, findo o qual se volte a dissolver, ou seja, o organismo que apenas viva para e enquanto existir aquele litígio.

Assim, o Tribunal de Justiça apenas tem considerado *órgão jurisdicional* o organismo que exista independentemente daquele concreto diferendo. O critério da permanência tem uma relevância especial no âmbito da arbitragem, pelo que a sua análise será retomada a propósito da distinção entre a arbitragem institucionalizada e a arbitragem *ad hoc*.

iv. O caráter vinculativo da jurisdição

No âmbito da análise da natureza obrigatória de uma jurisdição, o TJUE tem distinguido dois momentos, a saber: o da obrigatoriedade de as partes dirimirem o seu litígio com recurso a determinado órgão; e o da vinculação das partes à decisão tomada por esse órgão, ou seja, o caráter final, coercivo e vinculativo da decisão⁸⁴. Estes dois momentos serão analisados separadamente.

Quanto ao primeiro momento, o TJUE tem entendido que, para que estejamos perante um *órgão jurisdicional*, a submissão do litígio deve ser imperativa, ou seja,

⁸⁴ Ver, entre outros, Ac. Dorsch Consult, c. 27.

que “*não tem caráter de opção*”⁸⁵, deixando fora do conceito os organismos que as partes escolham, no uso da sua autonomia, para submeter o conflito. O Tribunal de Justiça tem entendido que, para que se considere que uma jurisdição é obrigatória, basta que qualquer uma das partes no litígio tenha o direito potestativo de recorrer ao *órgão jurisdicional*⁸⁶.

v. O caráter vinculativo da decisão

No que respeita ao segundo momento, tem o TJUE considerado que o organismo de reenvio, para que seja considerado um *órgão jurisdicional*, tem de proferir decisões coercivas⁸⁷ e vinculativas⁸⁸, ainda que suscetíveis de recurso interno, ordinário ou extraordinário.

Compreende-se a preocupação do Tribunal de Justiça, na medida em que quando o organismo não profira uma decisão vinculativa para as partes, estaremos perante uma mera recomendação, parecer⁸⁹, conselho “*ou outros atos da fase de preparação e de instrução*”⁹⁰, caso em que, desde logo, o organismo não está a

⁸⁵ Ac. Häupl, c. 19.

⁸⁶ “*A jurisdição do Oberster Gerichtshof [Supremo Tribunal de Justiça da República da Áustria] (...) é obrigatória, uma vez que qualquer das partes no litígio pode submeter a questão ao Oberster Gerichtshof sem consideração das objeções da outra parte.*” Ac. Österreichischer Gewerkschaftsbund, c. 27.

⁸⁷ “*(...) quando a comissão de fiscalização conclui pela ilegalidade das decisões adotadas pelo serviço de controlo, obriga-o a tomar uma nova decisão, respeitando a decisão da comissão de fiscalização quanto às questões de direito. Conclui-se que as decisões da comissão de fiscalização têm efeitos jurídicos coercivos.*” Ac. Dorsch Consult, c. 29.

⁸⁸ A este propósito, decidiu o TJUE que “*os secretários dos Tribunales Económico-Administrativos velam pela execução das decisões adotadas por esses Tribunales e adotam as medidas adequadas para suprimir os obstáculos que se oponham à sua execução. As decisões dos Tribunales Económico-Administrativos têm, portanto, força vinculativa*”, Ac. Gabalfrisa e O., c. 36.

⁸⁹ Não obstante, o Tribunal de Justiça já considerou que um organismo pode constituir um *órgão jurisdicional* quando emita um parecer: “*(...) quando emite um parecer no âmbito de um recurso extraordinário, o Consiglio di Stato constitui um órgão jurisdicional na aceção do artigo 177.º do Tratado*”. Ac. Garofalo e O., c. 27.

⁹⁰ Ac. Unectef/Heylens, c. 17

exercer uma função jurisdicional, pelo que nem sequer se verifica o preenchimento do critério do *caráter jurisdicional do organismo*.

vi. A natureza contraditória do processo

De acordo com o princípio do contraditório, cada uma das partes deve ter a oportunidade de contradizer o pedido e os meios de prova apresentados pela outra antes de o organismo tomar uma decisão final e vinculativa. Assim, cada uma das partes no processo tem a oportunidade de contribuir para a formação da convicção do tribunal, influenciando o organismo na tomada de decisão.

Segundo JOSÉ LEBRE DE FREITAS, o conceito de contraditoriedade deve ser entendido “*como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, [as partes] influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão*”⁹¹.

No que diz respeito à natureza contraditória do processo para efeitos de análise do preenchimento do conceito de *órgão jurisdicional*, e não obstante a preocupação constante na sua enunciação, o TJUE tem vindo, sucessivamente, a afirmar que este “*não é um critério absoluto*”⁹².

A este propósito, decidiu o TJUE “*que o tribunal pode submeter uma questão prejudicial sem ter anteriormente ouvido a parte contrária*”⁹³ (tradução nossa), e que “*tal procedimento não tem as características de uma defesa normal na medida*

⁹¹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, Coimbra Editora, 3.ª edição, Coimbra, 2013, p. 124.

⁹² Ver, entre outros, Ac. De Coster, c. 14, Ac. Dorsch Consult, c. 31, Ac. Gabalfrisa e O., c. 37 e Ac. Österreichischer Gewerkschaftsbund, c. 31.

⁹³ “[T]hat court can therefore request a preliminary ruling without having previously heard the opposite party” (versão consultada), Ac. Politi, p. 1044.

*que o tribunal, ao adjudicar simplesmente com base em alegações apresentadas pelo demandado, pode fazer um pedido contra a outra parte sem que lhe seja dada a oportunidade de apresentar as suas observações*⁹⁴. (tradução nossa).

Assim, e neste sentido, o Tribunal tem considerado que cabe ao órgão de reenvio apreciar a necessidade do exercício do contraditório antes do reenvio, bem como verificar em que momento do processo – nomeadamente, antes ou depois do exercício daquele – é que a submissão da questão prejudicial ao TJUE será mais adequada e útil^{95,96}. Como consta do n.º 18 da Recomendação 2012/C 338/01 do TJUE, “*o órgão jurisdicional nacional pode apresentar ao Tribunal um pedido de decisão prejudicial, a partir do momento em que considere que uma decisão sobre a interpretação ou validade é necessária para proferir a sua decisão. É esse órgão jurisdicional, com efeito, que está mais bem colocado para apreciar em que fase do processo deve apresentar tal decisão*”, ao que acrescenta, no n.º 19, que “*no interesse de uma boa administração da justiça, pode ser igualmente desejável proceder ao reenvio na sequência de um debate contraditório*” (sublinhado nosso).

Neste sentido, o Advogado-Geral Antonio Saggio defende que o constante desapego pelo Tribunal de Justiça ao princípio do contraditório, vem

⁹⁴ “[S]uch a procedure has not the characteristics of a normal defended action inasmuch as the Court, adjudicating simply on the basis of allegations presented by the plaintiff, can make an order against the other party without having given him the opportunity to present his observations” (versão consultada), Ac. Birra Dreher, p. 211.

⁹⁵ “(...) se é verdade que o artigo 177º não subordina o recurso ao Tribunal de Justiça ao carácter contraditório do processo no decurso do qual o juiz nacional formula uma questão prejudicial, pode, em certos casos, revestir-se de interesse para a boa aplicação da justiça que a questão prejudicial só seja suscitada na sequência de um debate contraditório, cabendo, contudo, exclusivamente ao órgão jurisdicional nacional apreciar essa necessidade.” Ac. Ligur Carni, c.16.

⁹⁶ “É também ao juiz nacional que cabe determinar o momento em que suscita a questão prejudicial. O TJ julga que não lhe compete tecer considerações sobre o estágio em que se encontra o processo no âmbito do qual a questão foi formulada.”, FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, Op. cit., p. 100.

necessariamente acompanhado de uma mais exigente verificação dos restantes critérios, remetendo para um equilíbrio difícil e casuístico⁹⁷. Ao que se seguiram as conclusões do Advogado-Geral Ruiz-Jarabo no âmbito do Ac. De Coster, nos termos das quais “(...) *em alguns acórdãos posteriores, o Tribunal de Justiça parece ter abandonado esta linha e, lamentavelmente, admitiu e pronunciou-se sobre questões prejudiciais colocadas em processos em que a ausência de carácter contraditório não era compensada pela radical independência do órgão que submetia a questão*”⁹⁸.

Assim, o princípio do contraditório continua a ser genericamente apontado pelo Tribunal de Justiça como necessário para a classificação de um órgão como sendo *jurisdicional*, não obstante a verificação daquele ser frequentemente dispensada em concreto.

vii. A aplicação de normas de direito

Remetemos a discussão acerca da aplicação de normas de direito para a análise dos critérios no âmbito da arbitragem.

viii. A independência do organismo

A independência dos órgãos deve ser analisada em dois níveis: por um lado, a independência externa do órgão – a independência relativa a membros e instituições estranhos ao litígio, nomeadamente a independência em relação ao poder executivo - e, por outro, a independência interna – independência relativa

⁹⁷ “Ora, se é verdade que, à luz de certas decisões recentes do Tribunal de Justiça, a ausência de natureza contraditória do processo não é em si própria determinante para negar a qualificação de órgão jurisdicional ao órgão de reenvio, é pelo menos claro que, nos casos em que o Tribunal de Justiça admitiu reenvios prejudiciais efetuados no decurso de um processo sumário no qual o defensor não estava presente, fê-lo tomando a precaução de compensar esta lacuna com um grau elevado de imparcialidade e de independência do órgão que é chamado a julgar.” Conclusões do Advogado-Geral Antonio Saggio apresentadas no âmbito do Ac. Gabalfrisa e O., c. 14.

⁹⁸ Conclusões do D. Ruiz-Jarabo apresentadas no âmbito do processo De Coster, c. 35.

aos sujeitos processuais e ao objeto do litígio (esta última mais comumente designada por imparcialidade).⁹⁹

a. Independência externa

O TJUE começou por analisar o critério da independência do organismo do ponto de vista da *independência externa*. Neste sentido, o TJUE tem entendido que são independentes os órgãos que, no exercício das suas funções, apenas estão sujeitos à lei, sem que existam ligações orgânicas¹⁰⁰ ou funcionais¹⁰¹ a outros poderes estaduais, como seja o poder executivo¹⁰². Assim, a independência “*pressupõe que o referido órgão esteja protegido contra intervenções ou pressões externas suscetíveis de pôr em risco a independência de julgamento dos seus membros quanto aos litígios que lhe são submetidos*”¹⁰³, sendo que “*essas garantias de independência e de imparcialidade postulam a existência de regras, designadamente no que respeita à composição da instância, à nomeação, à duração das funções, bem como às causas de abstenção, de impugnação da nomeação e de destituição dos seus membros, que permitem afastar qualquer dúvida legítima (...) quanto à impermeabilidade da referida instância em relação a elementos externos e à sua neutralidade relativamente aos interesses em confronto.*”^{104, 105, 106} A falta de independência do órgão pode ainda refletir-

⁹⁹ Ver, entre outros, Ac. RLT Belgium, c. 40, conclusões do Advogado-geral Maciej Szpunar apresentadas no âmbito do Ac. Ascendi, c. 44.

¹⁰⁰ Ac. Schmid, c. 37.

¹⁰¹ Ac. Schmid, c. 40.

¹⁰² “*Na falta de disposição legal expressa que determine a duração do mandato dos membros das secções de recurso e que defina os motivos de destituição, estes últimos não podem ser considerados como dispondendo de garantias suficientes contra intervenções ou pressões indevidas por parte do poder executivo.*” Ac. Schmid, c. 41.

¹⁰³ Ac. Pilato, c. 23.

¹⁰⁴ Ac. Pilato, c. 24.

¹⁰⁵ Ac. Syfait, cc. 31 e 32.

¹⁰⁶ “*(...) a comissão de fiscalização exerce a sua missão de modo independente e sob a sua própria responsabilidade. (...) os membros das secções são independentes e apenas estão sujeitos ao cumprimento*

se através do exercício do poder disciplinar. O mesmo é dizer que só pode ser designado por *órgão jurisdicional* a autoridade que “*tenha qualidade de terceiro em relação àquela que adotou a decisão objeto de recurso*”¹⁰⁷.

Contudo, o conceito de *independência* evoluiu e a tónica deixou de ser colocada na *qualidade de terceiro*, para passar a ser colocada no “*exercício da função «de modo independente»*” e “*sob a sua própria responsabilidade*”.^{108, 109} Para tanto, o Tribunal de Justiça tem-se bastado com a existência de disposições legais que estabeleçam a independência e a inamovibilidade^{110, 111} dos membros dos órgãos ou a sua imparcialidade, considerando suficiente a mera consagração legal destas normas para que se verifique o preenchimento do critério da independência¹¹². Acrescentou ainda o TJUE que não lhe compete pressupor que será feita uma incorreta, porque inconstitucional, interpretação e aplicação destas disposições legais¹¹³.

da lei. (...) as disposições essenciais da lei alemã sobre os magistrados relativas à anulação ou à revogação da sua nomeação bem como à sua independência e à sua inamovibilidade aplicam-se por analogia aos membros funcionários das secções”. Ac. Dorsch Consult, cc. 35 e 36.

¹⁰⁷ Ver, entre outros, Ac. Corbiau, c. 15, Ac. Gabalfrisa e O., c. 40, Ac. RTL Belgium, c.38 e Ac. Schmid, c.36.

¹⁰⁸ Conclusões do D. Ruiz-Jarabo, no processo C-17/00, c. 21.

¹⁰⁹ “A autoridade para a qual é interposto um recurso de uma decisão tomada pelos serviços de uma Administração não pode ser considerada terceiro em relação a estes serviços (...) quando tenha uma ligação orgânica com a Administração em causa (...), a não ser que o contexto jurídico nacional seja suscetível de garantir uma separação funcional entre, por um lado, os serviços da Administração cujas decisões são contestadas e, por outro, a autoridade que decide as reclamações apresentadas contra as decisões dos referidos serviços sem receber qualquer instrução da Administração da qual estes serviços dependem.” Ac. Schmid, c. 37.

¹¹⁰ “(...) a revogação ou a anulação da sua nomeação não parecem estar sujeitas a garantias especiais. Ora, tal sistema não parece adequado para impedir, de forma eficaz, as intervenções ou pressões indevidas do poder executivo (...)” Ac. Syfait, c. 31.

¹¹¹ Ver Ac. Köllensperger e Atzwanger, cc. 21 e 23.

¹¹² Ver, entre outros, Ac. Dorsch Consult, c. 36.

¹¹³ Ac. Köllensperger e Atzwanger, c. 24.

No Ac. Jean Devillers, o TJUE faz a ligação entre as duas vertentes da independência, decidindo que “*a noção de independência, que é inerente à missão de julgar, implica em primeiro lugar que a instância em causa tenha a qualidade de terceiro em relação à autoridade que adotou a decisão objeto de recurso e que essa noção vise, em particular, assegurar a igual distância das partes em relação ao litígio e aos seus interesses respetivos relativamente ao objeto daquele.*”¹¹⁴ (tradução nossa).

b. Independência interna e imparcialidade

Nos termos do critério da independência interna e imparcialidade, ao juiz deve ser indiferente o resultado da causa, a parte vencedora e os efeitos materiais da sentença.

O TJUE, ao invés de apurar a verificação deste critério, tem-se bastado com a falta de indícios da sua não verificação. Ou seja, quando nada permita considerar que determinado órgão não satisfaz a exigência da independência (e da imparcialidade), o TJUE conclui no sentido da verificação do critério.¹¹⁵

Ora, se o *pretense órgão jurisdicional* não for independente, seja porque não tem a qualidade de terceiro relativamente ao órgão que tomou a decisão objeto de recurso, porque tem alguma especial relação com uma das partes, ou ainda porque tem um especial interesse no objeto do litígio, então pressupõe-se que a sentença que venha a ser proferida não tratará as partes

¹¹⁴ “[L]a notion d’indépendance, qui est inhérente à la mission de juger, implique avant tout que l’instance concernée ait la qualité de tiers par rapport à l’autorité qui a adopté la décision frappée d’un recours et cette notion vise ainsi, en particulier, à assurer l’égale distance par rapport aux parties au litige et à leurs intérêts respectifs au regard de l’objet de celui-ci” (versão consultada), Ac. Jean Devillers, c. 15.

¹¹⁵ “Quanto aos critérios da independência e da imparcialidade, cabe dizer que nada permite considerar que o Collège juridictionnel não satisfaz tais exigências”, Ac. De Coster, c. 17.

com igualdade e, como tal, o organismo não pode ser classificado como *jurisdicional* para efeitos de aplicação do artigo 267.º do TFUE.

ix. Irrecorribilidade da decisão

Não obstante a *irrecorribilidade da decisão* não ser genericamente enunciada pelo Tribunal de Justiça, aquando da enumeração geral dos critérios de apuramento do conceito de *órgão jurisdicional*, da leitura dos Acórdãos resulta que a insuscetibilidade de recurso da decisão é determinante para o preenchimento do conceito.

Quando a decisão proferida pelo órgão jurisdicional não seja suscetível de recurso ordinário, torna-se definitiva^{116,117,118}. Neste sentido, considerou o TJUE que preenche o conceito de *órgão jurisdicional* o organismo que profira uma decisão final vinculativa para as partes, quando não possam elas obter outra decisão para a mesma situação de facto e de Direito¹¹⁹.

Assim, não vê este Tribunal com bons olhos a ideia de que uma decisão jurisdicional seja proferida com carácter definitivo (porque insuscetível de recurso) sem que as dúvidas suscitadas no âmbito do processo decisório quanto à

¹¹⁶ A título exemplificativo: “(...) *fora os casos de nulidade e de recurso extraordinário de revisão, as decisões definitivas dos Tribunales Económico-Administrativos não podem ser revogadas nem modificadas pela administração fiscal (...). As decisões definitivas dos Tribunales Económico-Administrativos têm, portanto, força vinculativa*”. Ac. Gabalfrisa e O., c. 36.

¹¹⁷ Ainda como mero exemplo: “*É ponto assente que o Consiglio di Stato reúne as condições para ser qualificado como órgão jurisdicional na aceção do artigo 177.º quando decide em segunda e última instância sobre recursos de acórdãos dos tribunais administrativos regionais em litígios relativos a atos da administração*”. Ac. Garofalo e O., c. 17.

¹¹⁸ E ainda: “(...) *não existindo qualquer possibilidade de recurso judicial das decisões de um órgão jurisdicional como a Cour Benelux [tribunal instituído por um tratado entre a Bélgica, o Luxemburgo e os Países Baixos, composto pelos juízes dos Supremos Tribunais de cada um destes países], que resolve em termos definitivos as questões de interpretação do direito uniforme Benelux, este tribunal pode ser obrigado a dirigir-se ao Tribunal de Justiça (...)*”. Ac. Parfums Christian Dior, c. 26.

¹¹⁹ Ac. Österreichischer Gewerkschaftsbund, c. 30.

interpretação e aplicação do Direito da União Europeia tenham podido ser objeto de esclarecimento pelo próprio (TJUE), pelo que “*é imperativo, de forma a assegurar o correto funcionamento do Direito Comunitário, que o tribunal deve ter a oportunidade de submeter as questões de interpretação e validade que surjam nesses processos*”¹²⁰ (tradução nossa). Vejamos.

Quando um órgão tome uma decisão da qual caiba recurso ordinário, a *ratio* da norma do artigo 267.º do TFUE fica salvaguardada. E esta salvaguarda reside no facto de, ainda que o órgão em causa não possa submeter uma questão prejudicial ao TJUE, e verificados os pressupostos do recurso, o tribunal *ad quem* poder, em princípio, submeter a questão prejudicial.¹²¹

Por outro lado, quando da decisão a ser proferida no processo em causa não caiba recurso para um tribunal superior, o cidadão da União não terá outra oportunidade para ver o Direito da UE a ser uniformemente aplicado, com todas as dúvidas de interpretação ou de validade esclarecidas pelo TJUE, senão se aquele órgão tiver a possibilidade de submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça.

Por esta razão, o Tribunal de Justiça tem mais facilmente decidido pela inadmissibilidade do reenvio de questões que surjam no âmbito de um processo que culmine com uma decisão suscetível de recurso para os tribunais judiciais nacionais, do que das questões que surjam perante um órgão que decida em última instância. E justifica: “*a existência dos referidos recursos judiciais permite*

¹²⁰ “[I]t is imperative, in order to ensure the proper functioning of Community law, that the Court should have an opportunity of ruling on issues of interpretation and validity arising out of such proceedings” (versão consultada), Ac. Broekmeulen c. 16.

¹²¹ “(...) [A]s decisões tomadas pelos órgãos do contencioso económico-administrativo são sempre suscetíveis de recurso para os órgãos jurisdicionais administrativos. Eventualmente, incumbirá a estes últimos apreciar a necessidade de um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça, assegurando, deste modo, a intervenção do Tribunal de Justiça e portanto o direito dos particulares a um controlo jurisdicional efetivo.” Conclusões do Advogado-Geral Antonio Saggio apresentadas no âmbito do Ac. Gabalfrisa e O., c. 19.

garantir a eficácia do mecanismo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE e a unidade da interpretação do direito da União, (...) que a referida disposição do Tratado se destina a assegurar”.¹²²

¹²² Ac. Belov, c. 52.

4. Reenvio prejudicial por tribunais arbitrais

4.1 Considerações gerais sobre o Direito da União Europeia e a arbitragem

Coloca-se então a questão de saber se podem os tribunais arbitrais ser considerados órgãos jurisdicionais para efeito de aplicação do artigo 267.º, do TFUE. Antes de ensaiar uma resposta a esta pergunta, cabe tentar perceber se os tribunais arbitrais devem ou não *i)* interpretar o direito nacional de acordo com o Direito da União *ii)* interpretar os atos da União com o sentido que lhes é dado pelo Tribunal de Justiça e *iii)* desaplicar as normas jurídicas concretamente aplicáveis que conflituam com normas ou princípios da União.

Ora, quando num processo arbitral se aplique o Direito português, não há dúvidas de que o árbitro tem de respeitar o primado do Direito da União Europeia e de aplicar o direito nacional de acordo com os princípios da União, por expressa determinação do artigo 8.º, número 4, da CRP¹²³.

Mas a existência ou inexistência desta disposição legal muda a resposta à questão? Por outras palavras: caso não tivesse sido consagrada esta norma constitucional, o direito nacional português podia ser interpretado de forma contrária ao Direito Europeu?

Esta questão remete para os princípios do primado e da aplicabilidade direta do Direito da União Europeia.

O princípio do primado do DUE, consagrado pela jurisprudência comunitária, tem como *leading case* o Ac. Costa/ENEL e não foi formalmente integrado no

¹²³ Estabelece esta norma que “[a]s disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático”.

articulado do TFUE¹²⁴. Nos termos deste princípio, a partir do momento em que os Estados-Membros são membros da União Europeia, cedem-lhe parte da sua soberania e comprometem-se a fazer prevalecer o Direito da União Europeia sobre os direitos nacionais¹²⁵.

Neste sentido decidiu o TJUE no *supra* referido Ac. Costa/ENEL, estabelecendo que *“resulta do conjunto destes elementos que ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade. A transferência efetuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do Tratado, implica, pois, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos, sobre a qual não pode prevalecer um ato unilateral ulterior incompatível com o conceito de Comunidade”*¹²⁶.

Neste sentido escreveu MARIA ROSA OLIVEIRA TCHING que *“impende sobre o juiz nacional a obrigação de reconhecer e respeitar o primado, devendo, por um lado, aplicar o direito da União (originário ou derivado) a uma situação concreta*

¹²⁴ Ver, a este propósito, DIOGO FREITAS DO AMARAL e NUNO PIÇARRA, “O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: Uma Evolução na Continuidade”, Lisboa, 2009, disponível em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_ma_7966.doc.

¹²⁵ “Com efeito, o reconhecimento de uma qualquer forma de eficácia jurídica atribuída a atos legislativos nacionais que invadem o domínio no qual se exerce o poder legislativo da Comunidade, ou que por qualquer forma se mostrem incompatíveis com disposições do direito comunitário, implicaria a negação do carácter efetivo dos compromissos assumidos pelos Estados-membros, por força do Tratado, de modo incondicional e irrevogável, contribuindo assim para pôr em causa os próprios fundamentos da Comunidade.” Ac. Simmenthal, c. 18.

¹²⁶ Ac. Costa/ ENEL, p. 556.

*nacional, mesmo contra o direito nacional aplicável ou na ausência deste. E, por outro, inaplicar o direito nacional incompatível com o Direito da União*¹²⁷.

No que se refere à aplicabilidade direta do Direito da União, afirmou o TJUE que esta “(...) *implica que as normas de direito comunitário produzam a plenitude dos seus efeitos, de modo uniforme em todos os Estados-Membros, a partir da sua entrada em vigor e durante todo o período da respetiva vigência.*”¹²⁸

Ou seja, mais do que estabelecer que todos os tribunais estaduais têm, por um lado, de aplicar o Direito da UE e, por outro, de interpretar os direitos nacionais de acordo com as normas e princípios daquele, o TJUE, no ac. Simmenthal, determinou a eficácia direta e uniforme do Direito da União a todos os Estados-Membros. “*Da aplicabilidade direta da norma comunitária resulta que as jurisdições nacionais são as jurisdições comunitárias de direito comum*”¹²⁹.

Retomando o conceito de *tribunais comuns da Ordem Jurídica da União Europeia*, e a propósito do efeito direto do Direito Comunitário, FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS escreveram que “*um número considerável de normas e atos comunitários é constituído por disposições diretamente aplicáveis ou com efeito direto*”¹³⁰.

Pelo que a existência do artigo 8.º, n.º 4, da CRP apenas tem como efeito o de reforçar os princípios comunitários do primado e da aplicabilidade direta do Direito da União Europeia, plenamente consagrados e aceites no ordenamento jurídico comunitário.

¹²⁷ MARIA ROSA OLIVEIRA TCHING, “Juiz nacional – um juiz cada vez mais europeu!”, Op. cit., p. 140.

¹²⁸ Ac. Simmenthal, c.14.

¹²⁹ JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário*, Op. cit., p. 54.

¹³⁰ FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, Op. cit., p. 23.

Note-se ainda que se se entendesse que os tribunais arbitrais não tinham a obrigação de aplicar o Direito da União ou de interpretar o direito nacional de acordo com aquele, estaríamos, por um lado, a desrespeitar as normas interpretativas resultantes dos acs. Simmenthal e Costa/ENEL e, por outro, a utilizar os tribunais arbitrais como uma forma de “fugir” à aplicação do Direito da União.

Não parece, de todo, poder aceitar-se que o Direito da União, por um lado, reconheça a arbitragem como forma de resolução de litígios¹³¹, e que, por outro, permita às partes que, querendo, vejam os seus diferendos resolvidos de forma contrária às normas e princípios da União, através da não imposição aos árbitros do respeito pelo Direito Comunitário.

Assim, parece só poder concluir-se pela inadmissibilidade de os tribunais arbitrais aplicarem normas violadoras do Direito da União. Os tribunais arbitrais devem interpretar o Direito aplicável em conformidade com o Direito Europeu sendo, a par dos tribunais estaduais, tribunais europeus comuns. Só assim se pode construir um ordenamento jurídico europeu sólido, coerente e uniforme, indiscutível que é a importância crescente que os tribunais arbitrais têm vindo a assumir por todo o mundo, em geral, e na União Europeia, em particular.

Pelo que há que responder às questões colocadas que *os tribunais arbitrais devem* i) *interpretar o direito nacional de acordo com o Direito da União Europeia*, ii) *interpretar os atos da União com o sentido que lhes é dado pelo Tribunal de Justiça* e iii) *desaplicar as normas jurídicas concretamente aplicáveis que conflituam com normas ou princípios da União*.

Em particular, os tribunais arbitrais constituídos de acordo com a lei portuguesa são obrigados a aplicar o Direito da União Europeia nos mesmo termos que os

¹³¹ Ver, nomeadamente, os artigos 22.º e 27.º do TUE.

tribunais estaduais. Neste sentido escreveram FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS que “os tribunais arbitrais também podem ser chamados a aplicar o Direito da União Europeia”¹³².

¹³² FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, Op. cit., p. 34.

4.2 Considerações gerais sobre Arbitragem

Cumpra agora fazer uma breve análise do regime da Arbitragem em Portugal. Porém, não é objetivo deste ensaio fazer uma análise exaustiva do regime da arbitragem em Portugal, mas apenas dos pontos que serão relevantes para o estudo do conceito de *órgão jurisdicional* para efeitos do reenvio prejudicial. Com efeito, não serão abordadas questões centrais e muito interessantes para o estudo da arbitragem, como seja a competência para os tribunais arbitrais decretarem providências cautelares, porquanto esses temas fogem ao objeto desta tese.

A arbitragem é um meio alternativo – aos tribunais estaduais – de resolução de litígios, nos termos do qual a lei ou as partes colocam a resolução do conflito nas mãos de privados, os árbitros, os quais têm competência para proferir uma sentença com um valor idêntico ao de uma sentença proferida por um tribunal estadual.

Em Portugal a arbitragem é reconhecida pela Constituição, estabelecendo o número 2 do artigo 290.º que “*podem existir tribunais [...] arbitrais*”. Nos termos do CPC, a preterição de tribunal arbitral determina a incompetência absoluta dos tribunais estaduais, o que constitui uma exceção dilatória (como consta dos artigos 96.º, al. b) e 577.º, al. a) do CPC). A procedência da exceção dilatória de incompetência absoluta determina, por sua vez, a absolvição da instância, nos termos do artigo 278.º, n.º 1, al. e) do CPC.

Neste sentido, afirmou RUI MEDEIROS que “*se a Constituição recusa expressamente um monopólio estadual da função jurisdicional e inclui expressamente, na mesma enumeração das categorias de tribunais, os tribunais arbitrais, que são assim qualificados como verdadeiros tribunais, a conclusão para que aponta uma interpretação sistematicamente comprometida do preceito consagra o direito fundamental de acesso aos tribunais em geral vai justamente no sentido de que a tutela jurisdicional efetiva pode exercer-se, quer através dos tribunais estaduais quer por recurso aos tribunais arbitrais (...). Pode falar-se,*

por isso, de uma «concorrência e equivalência funcionais» entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral»¹³³.

No que respeita aos efeitos, a sentença arbitral – tal como a judicial – faz caso julgado e constitui título executivo, pelo que pode ser executada à semelhança de uma sentença proferida por um tribunal estadual – *vide* artigo 42.º, n.º 7 da LAV. Feitas estas considerações genéricas, cabe agora analisar os diversos critérios apontados pelo TJUE para o preenchimento do conceito de *órgão jurisdicional*, no âmbito dos quais se estudarão as diversas formas que os tribunais arbitrais podem assumir.

¹³³ RUI MEDEIROS, “Arbitragem necessária e Constituição”, pp. 19 e 20, disponível em https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jmm_MA_22901.pdf.

4.3 Critérios

i. O caráter jurisdicional do organismo

É pacificamente aceite que os tribunais arbitrais têm competência, seja atribuída por lei ou pelas partes, para decidir litígios. Em Portugal, esta competência é atribuída, desde logo, pela CRP que, – como *supra* referido – reconhece os tribunais arbitrais como órgãos jurisdicionais, pelas leis especiais que estabelecem a arbitragem necessária para dirimir conflitos emergentes em determinadas matérias¹³⁴, bem como pela LAV, que reconhece e regula genericamente a arbitragem voluntária e a competência dos tribunais arbitrais.

Nas palavras do Tribunal Constitucional Português, “*o tribunal arbitral voluntário é um órgão que, embora formado caso a caso, se constitui precisamente para exercer a função jurisdicional, para em suma praticar os atos jurisdicionais para que tiver sido solicitado dentro dos quadros da convenção de arbitragem*”¹³⁵.

No mesmo sentido, AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ escreveu que “*(...) serão jurisdicionais as decisões tomadas por árbitros, bem como os atos dos sujeitos privados da relação jurídica processual, e mesmo de terceiros, no processo em geral, dada a sua ligação funcional com a atividade do juiz. Tratar-se-á, com efeito, de hipóteses que poderemos catalogar como de exercício privado da função jurisdicional*”¹³⁶.

¹³⁴ Ver, a título de exemplo, o artigo 15.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho – cuja versão mais recente consta da Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro – que aprova a Lei dos serviços públicos, o artigo 4.º da Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro – atualizada pela Lei n.º 33/2014, de 16 de junho – que cria o Tribunal Arbitral do Desporto ou o artigo 2.º da Lei n.º 12/2011, de 12 de dezembro – cuja redação ainda não sofreu alterações – que cria um regime de composição dos litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos.

¹³⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional com o número 230/86, proferido em 20 de janeiro de 1988, relatado por Martins da Fonseca no âmbito do processo número 178/84.

¹³⁶ AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, “A função administrativa” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, janeiro-setembro de 1977, Ano XXIV, n.ºs 1-2-3, Atlântida Editora, Coimbra, 1977, p. 24.

Pelo que não há dúvidas de que os tribunais arbitrais constituídos ao abrigo e com respeito pelas normas e princípios do ordenamento jurídico português são órgãos jurisdicionais para o Estado Português.

Não obstante o critério do “*caráter jurisdicional do organismo*” – como todos os outros critérios – ter de se preenchido pelo Tribunal de Justiça da UE e de acordo com as normas europeias, aquele tribunal tem igualmente reconhecido o *caráter jurisdicional do organismo* aos tribunais arbitrais constituídos ao abrigo do sistema jurídico português.

ii. A origem legal do organismo

Já havíamos visto que um organismo tem origem legal quando tenha sido instituído com base em disposições legais de um Estado-Membro.^{137,138}

Assim, o critério da *origem legal do organismo* parece, num primeiro momento, levar-nos para a distinção entre a arbitragem legal e a arbitragem convencional, ou seja, a distinção entre a arbitragem que tem origem na lei e a que tem origem na vontade das partes.

A arbitragem legal é determinada por lei, na medida em que é a lei que impõe o recurso a esta forma de resolução de litígios. Diferentemente, a arbitragem convencional é a que resulta do acordo – ou da *convenção* – das partes, ou seja, é aquela pela qual as partes voluntariamente optaram recorrer para dirimir um litígio.

Não obstante a relevância desta distinção, consideramos, com RUI MEDEIROS, que “*a arbitragem não pode deixar de ser enquadrada por ato legislativo e, nessa medida, não constitui um espaço livre da lei.*”¹³⁹ Ou seja, independentemente da

¹³⁷ Vide pp. 29 e 30.

¹³⁸ Ver, entre outros, Ac. Dorsch Consult, c. 25, conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar apresentadas no âmbito do Ac. Ascendi, c. 35.

¹³⁹ RUI MEDEIROS, “Arbitragem necessária e Constituição”, Op. cit., pp. 20 e 21.

iniciativa do recurso à arbitragem ser da lei ou das partes, a opção por esta forma de resolução de litígios tem sempre origem legal, na medida em que, mesmo quando esteja em causa uma convenção arbitral, esta só existe – pelo menos, validamente – quando se verifique o respeito pelas normas legais que enquadram o seu regime. Vejamos.

No que se refere à *origem legal do órgão*, os tribunais arbitrais são reconhecidos pela CRP como uma categoria de tribunais – artigo 209.º, n.º 2. Em concretização do disposto nesta norma, o ordenamento jurídico português cria, por um lado, diversos regimes de arbitragem legal¹⁴⁰ e, por outro, prevê genericamente a arbitragem convencional, a qual se rege pela LAV.¹⁴¹

Quando foi chamado a pronunciar-se quanto à origem legal dos tribunais arbitrais no ordenamento jurídico português, o TJUE considerou suficiente a circunstância de estes constarem “*da lista dos órgãos jurisdicionais nacionais, no artigo 209º da Constituição da República Portuguesa*”¹⁴², pelo que, nos processos arbitrais que se rejam de acordo com a lei portuguesa, também o critério da *origem legal do órgão* se encontra, de acordo com o próprio Tribunal de Justiça, preenchido.

iii. A permanência do organismo

A permanência é dos critérios mais interessantes a ser estudados no domínio da arbitragem, já que nos remete para a distinção entre arbitragem institucionalizada e arbitragem *ad hoc*.

A arbitragem diz-se institucionalizada quando o litígio seja dirimido de acordo com a aplicação de um Regulamento criado e aprovado por um centro ou câmara

¹⁴⁰ Vide nota 134.

¹⁴¹ A LAV que se encontra atualmente em vigor foi aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro. A anterior LAV havia sido aprovada pela Lei n.º 31/86.

¹⁴² Ver, entre outros, Ac. Ascendi, c. 24 e, numa formulação semelhante, Ac. Merck Canada Inc, c. 22.

de arbitragem – ao qual a competência tenha sido atribuída pelo órgão de soberania do Estado¹⁴³ – e com o apoio administrativo daquele.¹⁴⁴

Diferentemente, a Arbitragem *ad hoc* é aquela nos termos da qual a arbitragem se desenrola sem o apoio de qualquer centro ou câmara de arbitragem, tendo as partes uma grande autonomia, nomeadamente para a determinação das normas aplicáveis. Nesta forma de arbitragem, o tribunal é criado pelas partes para a resolução de um único e concreto litígio¹⁴⁵, dissolvendo-se após o proferimento da decisão arbitral.¹⁴⁶

Normalmente, considera-se que a arbitragem institucionalizada tem um carácter de permanência, já que o centro ou câmara de Arbitragem existe antes e para além daquele litígio em concreto. Inversamente, na arbitragem *ad hoc* “o tribunal é constituído específica e unicamente para julgar um determinado litígio e são as partes que organizam a arbitragem”¹⁴⁷ escolhendo, nomeadamente, as normas

¹⁴³ Normalmente é competente por tal atribuição o Ministério da Justiça.

¹⁴⁴ “A arbitragem, relativamente a questões como a constituição do tribunal arbitral, o apoio concedido à organização e condução do processo pelo árbitro e à gestão em geral do processo, pode ser confiada a um centro de arbitragem que, mediante um contrato celebrado com as partes intervenientes, se encarrega dessas matérias. (...) A arbitragem assim apoiada numa organização, que é o centro da arbitragem, denomina-se arbitragem institucionalizada.”, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2013, 2.ª edição, p. 93.

¹⁴⁵ “A arbitragem pode ser institucionalizada ou *ad hoc*. A primeira realiza-se numa instituição arbitral (centro, câmara) com carácter de permanência, sujeita a um regulamento próprio. Já na segunda modalidade, o tribunal é constituído específica e unicamente para um determinado litígio. Antes da execução da convenção de arbitragem o tribunal não existe e após o proferimento da decisão arbitral extingue-se.” MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 3.ª edição, Coimbra, 2014, p. 123.

¹⁴⁶ “(...) a arbitragem *ad hoc* não beneficia do apoio de um centro de arbitragem; (...) o trabalho de organização e condução do processo, para além da condução da instância arbitral, e a gestão em geral do processo é todo ele executado por um árbitro único ou pelos árbitros, eventualmente com o apoio de um secretariado.”, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Op. cit., p. 93.

¹⁴⁷ MÁRCIA COSTA BENTO e DORA RESENDE ALVES, “A noção de jurisdição para efeitos de interpelação de recurso prejudicial: a questão dos tribunais arbitrais”, Op. cit., p. 22.

processuais a aplicar no processo de resolução do diferendo.¹⁴⁸ Assim, o tribunal arbitral tem um caráter efêmero, constituindo-se para a resolução de um litígio, findo o qual se extingue. Mais, tal organização da arbitragem pelas partes determina que o processo arbitral depende delas em grande medida, porquanto são elas que organizam grande parte do processo.

Assim, se, por um lado, quando em causa esteja a arbitragem institucionalizada, o tribunal arbitral tem um caráter de permanência, na medida em que a instituição onde se constituiu o tribunal existe antes e depois da resolução do litígio, ou seja, independentemente deste, por outro, no âmbito da arbitragem *ad hoc*, o tribunal arbitral é constituído para a resolução de cada litígio, pelo que não se verifica o critério da *permanência do organismo*.

Esta distinção tem levado o TJUE a considerar que a arbitragem institucionalizada preenche o critério da permanência e que, em sentido inverso, estando em causa a arbitragem *ad hoc*, no âmbito da qual é constituído um tribunal arbitral para cada litígio, não se verifica a permanência do órgão, pelo que não constitui um *órgão jurisdicional* nos termos e para os efeitos do artigo 267.º do TFUE.

Esta tendência do TJUE tem merecido algumas críticas de parte da doutrina, que considera que o tribunal arbitral criado no âmbito de uma arbitragem institucionalizada é, também ele, efêmero. Esta questão coloca-se na medida em que, não obstante o caráter permanente da própria instituição, os tribunais arbitrais

¹⁴⁸ “(...) falamos de arbitragem *ad hoc* quando as partes se vinculam a organizar elas próprias a arbitragem, não a confiando a uma instituição especializada. Na arbitragem *ad hoc* não existe o apoio de um centro de arbitragem, sendo as partes que se vinculam a organizar elas próprias a arbitragem.” MÁRIO RUI ANTUNES BRAZ, “O Regime da Arbitragem Tributária”, pelo Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa, p.10, disponível em http://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/3921/1/O_Regime_da_Arbitragem_Tribut%C3%A1ria_Novembro2012.pdf.

strictu sensu se constituem com a designação dos árbitros, designação esta que é realizada em cada e para cada processo arbitral.

Em resposta a esta crítica, decidiu o TJUE no ac. Ascendi¹⁴⁹ que “*embora a composição das formações de julgamento do Tribunal Arbitral Tributário seja efémera e a sua atividade termine após decidirem, não é menos verdade que, no seu todo, o Tribunal Arbitral Tributário apresenta carácter permanente, enquanto elemento do referido sistema*”, concluindo assim, mais uma vez, pelo preenchimento do critério de permanência do órgão que constitui um tribunal arbitral institucionalizado.

Sem prejuízo das críticas *supra* referidas apontadas pela doutrina, o TJUE tem então entendido que os tribunais arbitrais constituídos no âmbito de uma instituição arbitral preenchem o critério da permanência e que, pelo contrário, tal critério não se verifica quando o tribunal seja constituído *ad hoc*.

Contudo, temos dificuldade em aceitar que os tribunais arbitrais não se possam dirigir ao TJUE através do instituto do reenvio prejudicial com fundamento na sua efemeridade. Neste sentido, acompanhamos FAUSTO DE QUADROS quando escreveu que “*recusar a estes últimos [aos tribunais arbitrais não permanentes] aquele direito [a suscitar questões prejudiciais], apenas porque eles na reúnem o requisito da permanência, quando todos os demais requisitos orgânicos e funcionais se encontrarem preenchidos, parece-nos ser manifestamente exagerado, porque é pouco compatível com o escopo último do artigo 267.º, que é, recordamo-lo, o de garantir a uniformidade na interpretação e na aplicação do Direito da União*”¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Ver Ac. Ascendi, c. 26.

¹⁵⁰ FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Op. cit., p. 607.

iv. O caráter vinculativo da jurisdição

Já anteriormente distinguimos os dois momentos em que se tem dividido o critério do caráter vinculativo da jurisdição. Voltemos a eles.

a. A obrigatoriedade do recurso aos tribunais arbitrais

O TJUE tem entendido que, para a verificação do requisito, a submissão do litígio a determinada jurisdição deve ser mandatária, deixando fora do conceito de *órgão jurisdicional* os órgãos que as partes escolham, no uso da sua autonomia, para submeter o conflito. Para que se considere que uma jurisdição é obrigatória, basta que qualquer uma das partes no litígio tenha o direito potestativo, atribuído por lei, de recorrer ao pretense *órgão jurisdicional*.¹⁵¹

Estas ideias remetem, logicamente, para a distinção entre a arbitragem necessária e a arbitragem voluntária.

A arbitragem voluntária, genericamente reconhecida e regulada na Lei da Arbitragem Voluntária, emerge de uma convenção de arbitragem, podendo ter por objeto litígios atuais, caso em que se denomina *compromisso arbitral*, ou litígios futuros e eventuais, designando-se neste caso por *cláusula compromissória*¹⁵². As convenções de arbitragem são celebradas pelas partes no âmbito da sua autonomia e conferem a cada uma das partes o direito potestativo de recorrer à arbitragem como forma de resolução do litígio objeto da convenção. A convenção tem como efeitos a *i*) atribuição de competência aos tribunais arbitrais – efeito positivo – e a *ii*) renúncia à competência dos tribunais estaduais – efeito negativo¹⁵³.

¹⁵¹ Ac. Österreichischer Gewerkschaftsbund, c. 27.

¹⁵² Artigo 1.º, número 3, da LAV.

¹⁵³ A este propósito escreveu MARIANA FRANÇA GOUVEIA que “O direito potestativo de constituição do tribunal arbitral implica a renúncia ao direito de ação judicial – trata-se do efeito negativo do princípio

Com efeito, a arbitragem voluntária tem sido caracterizada como sendo “*contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função*”.¹⁵⁴

Diferentemente, a arbitragem necessária é a que resulta de lei especial que impõe a submissão de um litígio à arbitragem (vedando, portanto, o recurso aos tribunais judiciais)¹⁵⁵. Estas arbitragens regem-se pela lei que determina a necessidade desta forma de resolução de litígios bem como, supletivamente, pelos artigos 1082.º a 1085.º do CPC. Supletivamente àquelas normas do CPC, aplica-se ainda a LAV, no que parece ser uma *matrioska* de regimes supletivos, posto que existem regimes supletivos para onde remetem outros regimes supletivos. Assim, nos termos do artigo 1085.º do CPC, “*Em tudo o que não vai especialmente regulado observar-se, na parte aplicável, o disposto na Lei da Arbitragem Voluntária*”. Não obstante esta disposição geral, outros normativos há, integrados em leis que estabelecem a arbitragem necessária para determinados litígios, que remetem diretamente para a LAV: ver, a título de exemplo, o artigo 61.º da Lei n.º 74/2013, ou o artigo 3.º, número 8, da Lei n.º 62/2011. No âmbito da arbitragem necessária ou *i*) as partes são obrigadas a recorrer aos tribunais arbitrais por imposição legal, independentemente da sua vontade ou *ii*) uma das partes tem o direito potestativo de recorrer aos tribunais arbitrais, caso em que a outra parte está sujeita à decisão da primeira.

da competência da competência.” MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Op. cit., p. 131.

¹⁵⁴ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Op. cit., p. 120.

¹⁵⁵ “*A arbitragem necessária é aquela que não repousa sobre uma convenção das partes, em que por razões de especial tecnicidade ou de interesse de outra natureza, é imposta por lei especial, ou seja, a própria lei, em vez de confiar certo litígio à resolução por um tribunal estadual, veda o acesso a estes (pelo menos aos de primeira instância), impondo às partes o recurso a um tribunal arbitral*”, MÁRIO RUI ANTUNES BRAZ, *O Regime da Arbitragem Tributária*, Op. cit., p.10.

Assim, quando a arbitragem seja necessária, como a Arbitragem em matéria fiscal no ordenamento jurídico português, pode dar-se o caso de só ser obrigatória para uma das partes (neste caso, a autoridade pública), na medida em que a outra (aqui, o contribuinte) pode optar entre submeter o litígio à Arbitragem ou recorrer aos tribunais judiciais. Se a parte que tem o direito de opção (o contribuinte), escolher os tribunais arbitrais como o meio de resolução do litígio, a parte que está em estado de sujeição (a autoridade pública) está vinculada àquela decisão, pelo que a Arbitragem é considerada como sendo necessária¹⁵⁶. Neste sentido decidiu o TJUE, estabelecendo que “*a intervenção do tribunal [arbitral] pode ser solicitada por uma das partes, pouco importando que a outra a tal se oponha. Em consequência, a competência do tribunal não está dependente do acordo das partes*”¹⁵⁷. Então, parece que sempre que a arbitragem não esteja dependente do acordo das partes, é necessária.

O TJUE tem entendido que na Arbitragem necessária se verifica o requisito do carácter vinculativo da jurisdição¹⁵⁸.

Quando, pelo contrário, a Arbitragem seja voluntária, cada uma das partes tem a liberdade (e já não a obrigação) de submeter o diferendo a esta forma de resolução de litígios. Como tal, a opção pela arbitragem voluntária tem, na prática, implicado uma renúncia ao direito de ver questões prejudiciais a ser respondidas pelo TJUE. Neste sentido, o Tribunal de Justiça decidiu que

¹⁵⁶ “A característica da arbitragem portuguesa em matéria fiscal que é essencial para a análise da questão em causa consiste no facto de o direito de escolha dos contribuintes quanto às vias de recurso não poder resultar da sua própria iniciativa, mas da vontade do legislador, que instituiu dois sistemas diferentes de resolução de conflitos com a Administração Fiscal. Nenhum destes sistemas, tomado individualmente, é obrigatório, mas o contribuinte deve escolher um deles se quiser uma solução jurisdicional para o diferendo que o opõe à Administração Fiscal.” Conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar apresentadas no âmbito do Ac. Ascendi, c. 40.

¹⁵⁷ Ac. Danfoss, c. 7.

¹⁵⁸ Ac. Ascendi, cc. 28 e 29.

*“um tribunal arbitral voluntário não constitui um órgão jurisdicional de um Estado-Membro na aceção do artigo 234.º CE, uma vez que não há qualquer obrigação, nem de direito nem de facto de as partes contratantes confiarem os seus diferendos à arbitragem (...)”*¹⁵⁹.

Assim, quando em causa esteja a Arbitragem necessária, não há dúvidas de que está preenchido este “primeiro momento” do critério do carácter vinculativo da jurisdição. Pelo contrário, sendo o litígio submetido a Arbitragem voluntária, o critério não se considera, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, preenchido.

b. A obrigatoriedade do acatamento da decisão

Os tribunais arbitrais proferem decisões finais, coercivas e vinculativas, pelo que o “segundo momento” de interpretação do critério da *obrigatoriedade da jurisdição arbitral* está preenchido independentemente do tipo de arbitragem em causa.

v. A natureza contraditória do processo

Independentemente de o Tribunal de Justiça decidir pela necessidade ou não necessidade da verificação do critério da *natureza contraditória do processo* para efeitos de verificação do conceito de *órgão jurisdicional* – que é sempre enunciado como sendo um critério necessário, prescindindo-se depois pontualmente da sua verificação em concreto –, no ordenamento jurídico português a regra é a da natureza contraditória do processo.

Desde logo, a CRP estabelece, no seu artigo 20.º, n.º4, que “*todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*”. Só um processo contraditório pode ser considerado equitativo.

¹⁵⁹ Acs. Denuit e Cordenier, c. 13 e Merck Canada Inc., c. 17. Ver ainda Ac. Nordsee, c. 11, Ac. Eco Swiss, c. 34 e Ac. Denuit e Cordenier c. 15.

Concretizando, o legislador materializa o princípio do contraditório no artigo 3.º, n.º 3, do CPC, nos termos do qual “*O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem*”.

Apenas em casos especiais, expressamente previstos na lei¹⁶⁰, pode ser proferida uma decisão sem a audiência prévia do requerido. Mas ainda nestas hipóteses, ou seja, mesmo quando é proferida uma decisão sem a audição de uma das partes, esta decisão sem contraditório será meramente provisória, e o exercício do contraditório não é eliminado, mas apenas deferido para momento posterior ao da tomada da decisão provisória – ver artigo 372.º do CPC. Assim, não se admite, no ordenamento jurídico português, a possibilidade de ser tomada uma decisão final definitiva sem a audiência prévia do requerido.

Decorre do exposto que, mesmo nos casos em que a decisão provisória é tomada sem a audiência do requerido, e não obstante esta decisão iniciar de imediato a sua produção de efeitos, não será tomada uma decisão final definitiva e coerciva sem que tenha sido dada a oportunidade a cada uma das partes de exercer o seu direito ao contraditório.

Pelo que os *órgãos jurisdicionais nacionais* portugueses têm, por força tanto do CPC como da Constituição da República Portuguesa, de respeitar o princípio do contraditório ao longo de todo processo.

¹⁶⁰ Veja-se o caso do decretamento de providências cautelares sem a audição prévia do requerido, consagrado nos artigos 366.º, n.º 1, 2.ª parte e 376.º, n.º 1, do CPC.

Como já referido, no ordenamento jurídico português a regra é a do respeito pelo contraditório por imposição constitucional – artigo 20.º, n.º4 – e posteriormente concretizada no CPC – artigo 3.º, n.º 3.

Concretamente no que respeita ao processo arbitral, onde o respeito por aquelas normas legais é imperativo, não só na LAV, mas também nas leis que estabelecem a arbitragem necessária para certas matérias se prevê o contraditório como um princípio fundamental.

A LAV consagra, no artigo 46.º, n.º 3, al. a), ii), a violação do princípio do contraditório como um dos fundamentos constitutivos do direito de requerer a anulação da sentença arbitral. Nos termos desta norma, “*a sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se (...) houve no processo violação de alguns dos princípios fundamentais referidos no n.º 1 do artigo 30.º com influência decisiva na resolução do litígio*”. O artigo 30.º, sob a epígrafe “*Princípios e regras do processo arbitral*”, estabelece, no seu n.º 1:

“O processo arbitral deve sempre respeitar os seguintes princípios fundamentais:

- a) O demandado é citado para se defender;*
- b) As partes são tratadas com igualdade e deve ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final;*
- c) Em todas as fases do processo é garantida a observância do princípio do contraditório, salvas as exceções previstas na presente lei.”*

A propósito da arbitragem necessária, e a título de exemplo, a Lei n.º 74/2013 – que estabelece o Tribunal Arbitral do Desporto –, dispõem, no artigo 34.º, alíneas b) a d), o seguinte:

“Constituem princípios fundamentais do processo junto do TAD:

(...)

b) O demandado é citado para se defender;

c) Em todas as fases do processo, é garantida a estrita observância do princípio do contraditório;

d) As partes devem ser ouvidas, oralmente ou por escrito, antes de ser proferida decisão final.”

Por todo o exposto, nos processos arbitrais realizados nos termos da lei portuguesa é respeitado o princípio do contraditório, seja por aplicação da LAV ou do regime subsidiário do CPC, quando estejamos perante uma arbitragem voluntária, seja por aplicação das normas constantes dos diplomas que estabelecem a arbitragem necessária para litígios sobre matérias específicas.

vi. A aplicação de normas de direito

Tanto os tribunais estaduais como os tribunais arbitrais constituídos à luz da legislação portuguesa podem decidir segundo o direito ou a equidade.¹⁶¹ Não obstante, se nada se estabelecer a este respeito, os tribunais decidem segundo o direito. Para que a decisão seja tomada segundo a equidade, é necessário que as partes o estipulem¹⁶².

Para a generalidade da jurisprudência e doutrina portuguesas existem duas noções de equidade: a fraca e a forte. A aceção fraca “*caracteriza-se pela correção de injustiças da lei aquando da sua aplicação ao caso concreto, isto é, a equidade funciona como elemento de conformação do direito estrito na sua concretização*”¹⁶³. Diferentemente, segundo a aceção forte, “*a equidade prescinde em absoluto do direito estrito, tornando-se, portanto, o único critério de decisão.*”

¹⁶¹ Artigo 4º do CC e artigos 39.º, n.º1, e 52.º, n.º1, da LAV.

¹⁶² JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, Op. cit., p. 85.

¹⁶³ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Op. cit., p. 282.

*Não há qualquer vinculação ao direito legislado, baseando-se a decisão exclusivamente na justiça do caso concreto*¹⁶⁴.

Reconhecida esta distinção, a doutrina tem, na sua generalidade, entendido que apenas é admissível, como critério para a resolução de litígios a noção fraca de equidade. Em sentido contrário, MARIANA FRANÇA GOUVEIA¹⁶⁵ e ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO¹⁶⁶ defendem que, sendo as partes a determinar a resolução do litígio segundo a equidade, deve entender-se que se aplica a sua conceção forte.

Não é preocupação deste estudo aprofundar o conceito de equidade, mas apenas dar a conhecer ao leitor a discussão. Na verdade, tanto os tribunais judiciais como os arbitrais podem decidir segundo a equidade, e em ambos os organismos se pode discutir qual a conceção que deve ser adotada.

O Tribunal de Justiça já se pronunciou, no Acórdão Almelo, pela admissibilidade de um pedido prejudicial submetido por um tribunal estadual no âmbito de um recurso de uma sentença arbitral decidida segundo a equidade. Neste sentido, decidiu o Tribunal de Justiça que *“em virtude dos princípios do primado e da uniformidade de aplicação do direito comunitário, conjugados com o artigo 5.º do Tratado, um órgão jurisdicional de um Estado-Membro a quem é submetido, nos termos da legislação nacional, um recurso de uma decisão arbitral, mesmo que julgue segundo a equidade, é obrigado a respeitar as normas do direito comunitário, em especial as relativas à concorrência*¹⁶⁷.

Assim, ainda que o tribunal arbitral seja chamado a decidir segundo a equidade, continua a dever, nos termos do direito comunitário, a aplicar as normas e

¹⁶⁴ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Op. cit., p. 282.

¹⁶⁵ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Op. cit., p. 285.

¹⁶⁶ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Arbitration in Equity and Amiable Composition under Portuguese Law”, in *Journal of international Arbitration*, Wolters Kluwer, 2008, Vol. 25(5), p. 575.

¹⁶⁷ Acórdão Almelo, c. 23.

princípios da União Europeia, e assim continuar-se-á a verificar o critério da aplicação de normas de direito.

Os tribunais arbitrais, decidam segundo o direito ou a equidade, estão vinculados ao respeito e à aplicação do Direito da União Europeia, pelo que o critério da aplicação de normas de direito se tem sempre verificação.

vii. A independência do organismo

Já vimos que o critério da *independência do organismo* deve ser analisado tendo em conta, por um lado, a *independência externa* e, por outro, a *independência interna* ou *imparcialidade*.

a. Independência externa

No que respeita à independência externa não se apraz fazer especiais considerações relativamente às que foram já tecidas no âmbito do capítulo 3, sobre o *conceito de órgão jurisdicional* (em geral). Basto-me aqui com a conclusão de que os tribunais arbitrais exercem a sua função de modo independente e sob a sua própria responsabilidade.

b. Independência interna e imparcialidade

No ordenamento jurídico português estabelece-se, como vimos a propósito da natureza contraditória do processo, que “*Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*” (artigo 20.º, número 4, CRP). Um *processo equitativo* tem necessariamente de assentar na igualdade das partes.

No mesmo sentido, previu-se no artigo 4.º do CPC que “*O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais*”.

Não obstante, em princípio os *órgãos jurisdicionais nacionais* respeitam a CRP e o CPC português, pelo que cumprem o critério da *independência* na sua dupla vertente, interna e externa.

A independência interna e a imparcialidade, no âmbito do processo arbitral, são salvaguardadas de duas formas: primeiro, prevenindo e depois, remediando.

No que diz respeito à prevenção, há que relembrar que no processo arbitral os “*árbitros são designados pelas partes ou escolhidos pelo modo que elas tiverem determinado*”¹⁶⁸. Feita a designação, ou a escolha, os árbitros são obrigados a informar as partes sobre toda e qualquer circunstância que possa, em abstrato, pôr em causa a sua independência ou imparcialidade – artigo 13.º, n.º 1, da LAV –, o que poderá resultar no seu afastamento e designação ou escolha de novo árbitro.

Decorrido o processo arbitral, há mais uma forma de salvaguardar a independência interna e imparcialidade dos árbitros. Tal como analisado a propósito da natureza contraditória do processo, a LAV consagra, no artigo 46.º, n.º 3, al. a), ii), que o direito a requerer a anulação da sentença arbitral depende da verificação da violação de algum dos princípios fundamentais referidos no n.º 1 do artigo 30.º com influência decisiva na resolução do litígio. Nos termos do artigo 30.º, n.º 1, alínea b), devem as partes ser tratadas com igualdade. Assim, a violação do direito das partes a serem tratadas com igualdade, implica a possibilidade de estas verem a sentença arbitral anulada pelo tribunal estadual competente. Cabe apenas acrescentar que, nos termos do artigo 46.º, n.º 5, da LAV, o direito a requerer a anulação da sentença arbitral é irrenunciável.

¹⁶⁸ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, Op. cit., p. 84.

Mas também nas normas que regulam os processos de arbitragem necessária, o legislador previu expressamente – embora tal decorresse já das normas constitucionais e legais *supra* referidas – a necessidade do respeito pelo princípio da igualdade. Veja-se a este propósito, e a título de exemplo, o artigo 34.º, alínea a), da Lei n.º 74/2013, que estabelece o Tribunal Arbitral do Desporto:

”Constituem princípios fundamentais do processo junto do TAD:

a) As partes são tratadas com igualdade.”

Pelo que se o *pretense órgão jurisdicional* não for independente, então a sentença que venha a ser proferida não tratará, em princípio, as partes com igualdade, pelo que tal decisão pode ser objeto de anulação judicial nos termos da LAV e dos diplomas legais que estabelecem a arbitragem necessária para determinadas matérias, quando para tal prevejam um regime especial. Quando os diplomas legais que estabelecem a arbitragem necessária não estabeleçam o *supra* referido regime especial, em princípio aplica-se subsidiariamente a LAV à arbitragem necessária, por remissão do artigo 1085.º, do CPC¹⁶⁹.

Especificamente no que respeita ao ordenamento jurídico português, e tendo em conta as normas legais *supra* citadas, já decidiu o TJUE – concretamente no âmbito de uma arbitragem necessária – que os tribunais arbitrais cumprem os critérios da independência e da imparcialidade¹⁷⁰. E,

¹⁶⁹ No caso da Arbitragem necessária em matéria de desporto, por exemplo, às matérias que não estejam expressamente reguladas na Lei n.º 74/2013, aplica-se subsidiariamente a LAV, aos processos de jurisdição voluntária, e o CPTA, aos processos de jurisdição arbitral necessária (por remissão, não do artigo 1085.º, do CPC, mas do artigo 61.º, da Lei n.º 74/2013).

¹⁷⁰ Ac. Merck Canada Inc., cc. 23 e 25.

acrescentamos nós, que também no âmbito da arbitragem voluntária se verificam preenchidos os critérios da independência e da imparcialidade.

viii. Irrecorribilidade da decisão

A importância que tem sido dada a este critério pelo Tribunal de Justiça tem uma relevância especial no domínio da arbitragem voluntária.

Como vimos, a arbitragem necessária cumpre, em princípio, todos os critérios enunciados, posto que o tribunal arbitral necessário tem *natureza jurisdicional*, *origem legal*, é, em princípio, *permanente*, tanto a jurisdição como a decisão são *vinculativas*, o processo tem *natureza contraditória* e o organismo é *independente*. Contudo, quando em causa esteja uma arbitragem voluntária, são mais e maiores as dúvidas que surgem quanto ao preenchimento dos critérios para o preenchimento do conceito de *órgão jurisdicional*. Assim, tendo o TJUE vindo a demonstrar que a insuscetibilidade de recurso da decisão pode ser determinante para que se preencha o conceito, a análise da recorribilidade das decisões arbitrais, particularmente no âmbito da arbitragem voluntária, pode ser decisiva.

No âmbito do ordenamento jurídico português – mas não só – a regra quanto à arbitragem voluntária é a da irrecorribilidade das sentenças, pelo que, querendo as partes salvaguardar a hipótese de, a final, recorrer da sentença arbitral, a possibilidade de recurso deve estar expressamente prevista na convenção de arbitragem. A LAV consagra, nas normas supletivas constantes dos artigos 39.º, n.º 4, e 53.º, ambos da LAV, a excecionalidade do recurso como regra geral, dispondo que “*só é suscetível de recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável*”. Significa isto, *a contrario*, que, a não ser que as partes tenham previsto expressamente o inverso, as decisões arbitrais são irrecorríveis, ou seja, finais e vinculativas.

Neste sentido escreveu MANUEL PEREIRA BARROCAS que, ao escolherem a arbitragem, as partes não quiseram “*obter uma proposta sobre como o litígio deveria ser resolvido; nem pretende[ram] constituir um primeiro passo num longo caminho a percorrer, mediante recursos, os tribunais nacionais. A adoção do princípio da definitividade da sentença arbitral é, assim, um tema de identidade e de cultura da arbitragem*”.¹⁷¹

Não obstante, as sentenças arbitrais podem sempre ser objeto de impugnação ou de ação de anulação. “*A impugnação da decisão arbitral é a condição necessária da sua equiparação pública à sentença judicial. O Estado só reconhece decisões vinculativas de privados se puder controlar a sua validade, designadamente se puder verificar que foram respeitadas as regras mínimas do processo justo.*”¹⁷²

Assim, não querendo o Tribunal de Justiça arriscar ver proferida uma sentença arbitral violadora de normas ou princípios da União insuscetível de recurso, sem que o tribunal arbitral tenha tido a oportunidade de colocar a questão ao TJUE, como já vimos, parece que a tendência será a de responder às questões que lhe sejam colocadas por tribunais arbitrais que decidam em última instância.

¹⁷¹ MANUEL PEREIRA BARROCAS, “Contribuição para a reforma da lei de arbitragem voluntária”, 2007, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=59032&ida=59038.

¹⁷² MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Op. cit., p. 295.

5. Conclusão

O TJUE tem vindo a afirmar, desde muito cedo, não só a aplicabilidade direta do Direito da UE, como também a sua aplicação uniforme em todos os Estados-Membros. Isto é, o Tribunal de Justiça não limita a imposição da aplicabilidade direta e uniforme do DUE aos tribunais estaduais.

Neste sentido, já decidiu o TJUE que “*existe para a ordem jurídica comunitária um interesse manifesto em que, para evitar futuras divergências de interpretação, qualquer disposição de direito comunitário seja objeto de uma interpretação uniforme, independentemente das condições em que deva aplicar-se*”.^{173,174}

Ora, esta interpretação uniforme, “*independentemente das condições em que deva aplicar-se*”, não é possível se os tribunais arbitrais não aplicarem o Direito da União Europeia, pelo que aqueles devem aplicá-lo e esta aplicação, para que tenha *efeito útil*, deve ser uniforme.

Assim, não se pode concluir de outra forma que não afirmando que se justifica que, quando se esteja no âmbito da justiça arbitral, existam preocupações de uniforme interpretação e aplicação do Direito da União Europeia, à semelhança das preocupações existentes em relação aos tribunais estaduais.

Por tudo quanto antecede, por um lado, e tendo em conta o crescente recurso aos tribunais arbitrais como forma de resolução de litígios – sobretudo nos domínios farmacêutico, desportivo e comercial, ou seja, em matérias em que as ações assumem valores elevadíssimos –, por outro, parece inegável que os tribunais arbitrais têm *i)* de aplicar, nos litígios que dirimem, o Direito da União Europeia e *ii)* de interpretar e aplicar uniformemente o Direito da União Europeia, pelo menos

¹⁷³ Ac. Eco Swiss, c. 40.

¹⁷⁴ Numa formulação semelhante, ver Ac. Dzodzi, c. 37.

quando a arbitragem seja regulada de acordo com o Direito português. E até aqui não me parece que existam grandes dúvidas.

Resta então saber se no conceito de *órgão jurisdicional* cabem os tribunais arbitrais ou se, pelo contrário, estes devem ficar fora do conceito. Vejamos o que se tem escrito a esse respeito.

OLIVIER CAPRASSE considera que “*para o tribunal [de Justiça da União Europeia], de facto, um tribunal arbitral não é uma jurisdição no sentido do artigo 177.º CE (que se tornou 267.º TFUE).*”¹⁷⁵ (tradução nossa)

Com ele, o Advogado-Geral Reischl defendeu “*que deve ser assumido que os autores do Tratado não tiveram a intenção de incluir os tribunais arbitrais quando redigiram o Artigo 177.º.*”¹⁷⁶ (tradução nossa)

Estas considerações merecem a nossa concordância. Já defendemos, e em sede de conclusão repetimos, que o legislador europeu não tinha em mente os tribunais arbitrais aquando da redação das normas constantes dos artigos 177.º do Tratado CEE, 234.º do Tratado CE e 267.º do TFUE.

Não obstante, o âmbito subjetivo de aplicação do instituto pode – e deve – ir sendo alargado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, posto que foi concebido para ser um conceito elástico, suscetível de adaptação a novas necessidades.

¹⁷⁵ “[P]our la Cour, en effect, un tribunal arbitral n’est pas une juridiction au sens de l’article 177 CE (devenu 267 TFUE).” (versão consultada), OLIVIER CAPRASSE, “L’application du Droit Européen de la Concurrence par l’arbitre”, in *Arbitrage et Droit De l’Union Européenne*, sob a direção de Pierre Mayer, Civitas Ediciones, Madrid, 2004, p. 81.

¹⁷⁶ “[T]hat should be assumed that the authors of the Treaty did not intend to include arbitration tribunals when they settled the wording of Article 177.” (versão consultada), Conclusões do Advogado-Geral Reischl, apresentadas no âmbito do Ac. Nordsee, p. 1123.

E quanto às novas necessidades e à relevância da justiça arbitral, OLIVIER CAPRASSE acrescentou que “*é verdade que é uma pena que os árbitros, principais atores da resolução privada de conflitos no âmbito do comércio internacional se vejam interditos, por princípio, de recorrer às questões prejudiciais*”¹⁷⁷. (tradução nossa)

Mas para estudarmos o preenchimento do conceito, não podemos esquivar-nos, como vimos, à análise dos critérios que têm sido apontados pelo TJUE como elementos – não taxativos e, como tal, chamemos-lhes meramente *indicativos* – constitutivos do conceito de *órgão jurisdicional*.

Então, no que respeita ao preenchimento do conceito para efeitos de aplicação do artigo 267.º do TFUE, podemos concluir com segurança que, pelo menos em Portugal, no âmbito da arbitragem necessária se verificam os critérios que têm sido identificados pelo Tribunal de Justiça como necessários, porquanto – como *supra* referido – os tribunais arbitrais necessários são organismos *jurisdicionais permanentes*, constituídos com *base na lei*, aos quais as partes têm *necessariamente de recorrer* para ver o seu litígio dirimido, são compostos por árbitros que exercem as suas funções de forma *independente e imparcial*, no respeito pelo princípio do *contraditório* e no âmbito das quais proferem *decisões jurisdicionais vinculativas*.

Assim, os tribunais arbitrais constituídos ao abrigo de uma arbitragem necessária são *órgãos jurisdicionais* para efeitos de aplicação do artigo 267.º, do TFUE e, portanto, podem submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça que, em princípio¹⁷⁸, tem de responder.

¹⁷⁷ “*il est vrai qu’il est dommage que les arbitres, principaux acteurs de la résolution des conflits privés du commerce international se voient interdite, par principe, le recours aux questions préjudicielles*” (versão consultada), OLIVIER CAPRASSE, “L’application du Droit Européen de la Concurrence par l’arbitre”, Op. cit., pp. 81 e 82.

¹⁷⁸ Escrevemos “*em princípio*” de forma a salvaguardar os argumentos que podem fundamentar a recusa da análise e resposta a questões prejudiciais pelo Tribunal de Justiça, como seja a circunstância de o TJUE já

A discussão ganha então uma maior relevância no âmbito da arbitragem voluntária. A jurisprudência do Tribunal de Justiça parece indicar que os tribunais arbitrais não são *órgãos jurisdicionais* para efeitos de aplicação do artigo 267.º, do TFUE. “*Resulta (...) de uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça (...) que as jurisdições arbitrais instituídas por convenção não são «órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro» na aceção do artigo 267.º TFUE e que o Tribunal de Justiça não é competente para decidir sobre questões prejudiciais por eles submetidas*”¹⁷⁹.

Quando em causa esteja uma arbitragem voluntária verificam-se, em princípio e para o preenchimento do conceito de *órgão jurisdicional*, os critérios da *natureza jurisdicional*, *origem legal*, *obrigatoriedade de acatamento da decisão*, *natureza contraditória* do processo e *independência* do organismo. Pelo menos é assim que tem entendido o próprio Tribunal de Justiça nos Acórdãos citados ao longo desta dissertação. Vejamos então o que dizer quanto à *permanência* e à *obrigatoriedade* de recurso à jurisdição arbitral voluntária.

i. Permanência

Como vimos, quando a arbitragem seja voluntária, o tribunal arbitral constitui-se para a resolução de um litígio, findo o qual o tribunal se dissolve. Assim, a vida do tribunal é efémera e direcionada para um único e concreto conflito. Esta é, essencialmente, a razão pela qual se considera que o critério da permanência do organismo não está preenchido no âmbito da arbitragem voluntária.

Mas note-se que se, por um lado, a brevidade da vida de um tribunal arbitral voluntário o afasta do conceito tradicional de *órgão jurisdicional* –

ter respondido àquelas questões no âmbito de um processo idêntico ou a clareza do ato – hipóteses meramente exemplificativas, sem qualquer preocupação de exaustão.

¹⁷⁹ Conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar, proferidas no âmbito do processo Ascendi, c. 17.

associado aos tribunais estaduais – , por outro, a efemeridade do organismo deve ser contraposta à longevidade da sentença arbitral que, em princípio de forma definitiva, poderá interpretar normas jurídicas, nacionais ou internacionais, em violação de normas e princípios da União.

Assim, parece-me que a tónica deve estar nos efeitos que a sentença arbitral produzirá, ou seja, na circunstância de estarmos ou não perante uma decisão final e definitiva, e não na longevidade do organismo. Uma sentença arbitral produz, pelo menos no nosso ordenamento jurídico, os mesmos efeitos que uma sentença proferida por um tribunal estadual, com a exceção da suscetibilidade de recurso.

Para além dos efeitos da sentença arbitral que são idênticos aos da sentença proferida por tribunal estadual, não pode deixar de ser tida em conta que a regra no âmbito da justiça arbitral é a da irrecorribilidade das decisões. Como vimos, a possibilidade de recurso das decisões arbitrais é meramente excecional, posto que a sua admissibilidade depende de previsão na convenção arbitral. Sendo a decisão arbitral insuscetível de recurso ordinário interno, parece-me não poder o TJUE recursar-se a responder às questões colocadas pelo organismo. O próprio Tribunal de Justiça tem-se mostrado sensível a estas situações, prescindindo da verificação de outros critérios e admitindo a questão prejudicial quando a decisão seja irrecorrível.

ii. Obrigatoriedade de recurso à jurisdição arbitral

“[U]m tribunal arbitral voluntário não constitui um órgão jurisdicional de um Estado-Membro na aceção do artigo 267.º TFUE, uma vez que não há uma obrigação, nem de direito nem de facto, de as partes contratantes confiarem os seus diferendos à arbitragem e que as autoridades públicas do Estado-Membro em causa não estão implicadas na escolha da via da

arbitragem nem são chamadas a intervir oficiosamente no desenrolar do processo perante o árbitro.”¹⁸⁰

Parece que o Tribunal de Justiça tem entendido, pelo menos implicitamente, que, se as partes optaram por recorrer aos tribunais arbitrais voluntários, então renunciaram ao direito de ver esclarecidas pelo TJUE as dúvidas que os árbitros tenham relativamente à interpretação e aplicação do Direito da União Europeia.

Contudo, esta interpretação é pouco ou nada coerente com o que defendemos no início desta dissertação, e que não foi uma única vez posto em causa nos Acórdãos do Tribunal de Justiça que analisámos: os tribunais arbitrais têm a obrigação de interpretar o direito concretamente aplicável de acordo com o Direito da União Europeia.

Assim, não se pode aceitar que as partes que escolham a arbitragem como forma de resolução do seu litígio se tenham de sujeitar a uma errada interpretação do Direito da União Europeia por os árbitros não poderem colocar questões prejudiciais ao TJUE relativamente a questões de Direito da União Europeia que surjam no âmbito do processo arbitral e que criem nos árbitros dúvidas que de outro modo sejam insanáveis.

Ora, vários autores têm entendido que a jurisprudência do Tribunal de Justiça quanto à interpretação do conceito de *órgão jurisdicional* se tem mostrado demasiado flexível, comportando problemas de segurança jurídica *i)* quando a flexibilidade não tenha critério, ou *ii)* quando este critério não seja claro para os cidadãos europeus.

¹⁸⁰ Ac. Merck Canada Inc., c. 17 e Ac. Denuit e Cordenier, c. 13.

Esta insegurança resulta da circunstância de a aplicação dos critérios pelo Tribunal de Justiça não ser taxativa nem automática. Como vimos, em particular a propósito do critério da “*natureza contraditória do processo*”, o TJUE dispensa a verificação de uns critérios se se confirmar a verificação de outros.

*“A consequência é uma jurisprudência excessivamente flexível e carente da necessária coerência, comportando um défice de segurança jurídica. (...) É uma jurisprudência casuística, muito elástica e pouco científica, com contornos tão difusos que admitiria uma questão prejudicial apresentada por Sancho Pança como governador da ilha de Baratária.”*¹⁸¹

No mesmo sentido, DANIEL SARMIENTO escreveu que “*a jurisprudência atual mostra-nos uma considerável abertura na definição de «órgão jurisdicional», mas a dita abertura começa a ser de tal amplitude que tem contribuído para colocar em perigo a segurança jurídica.*”¹⁸² (tradução nossa)

Não se pode deixar de concordar com estes autores quando defendem que a jurisprudência do Tribunal de Justiça não tem contribuído, ela própria, para a coerência do ordenamento jurídico europeu e, em especial, para a segurança jurídica dos cidadãos europeus.

Não obstante, não se subscrevem as suas afirmações quando defendem que o problema é o alargamento da interpretação do conceito. O que traz insegurança aos cidadãos europeus é sim a jurisprudência absolutamente caótica do Tribunal de Justiça a respeito desta matéria.

¹⁸¹ Conclusões do Advogado-Geral Ruiz-Jarabo, apresentadas no âmbito do processo De Coster, c. 14.

¹⁸² “*La jurisprudencia actual nos muestra una considerable apertura en la definición de un «órgano jurisdiccional», pero dicha apertura comienza a ser de tal envergadura que ha contribuido a poner en peligro la seguridad jurídica.*” (versão consultada), DANIEL SARMIENTO, *Poder Judicial e Integración Europea*, Op. cit., p. 196.

Mas a verdade é que o Tribunal de Justiça tem trabalhado num equilíbrio difícil para a segurança jurídica dos cidadãos europeus: se por um lado apresenta critérios que permitem uma aproximação ao conceito, para que os cidadãos possam saber previamente se o organismo perante o qual vão apresentar o seu litígio pode ou não submeter questões prejudiciais ao TJUE, por outro lado, estes critérios também não podem ser de tal forma rígidos que não permitam que organismos com características idênticas às dos tribunais estaduais submetam questões prejudiciais ao TJUE.

A tarefa do Tribunal de Justiça não é simples, pelo que não pode ter uma resolução simples. E se acima defendemos que o preenchimento do conceito de *órgão jurisdicional* não é automático, agora acrescentamos que *não pode ser* automático. A elasticidade é essencial para que se encontrem soluções justas e equitativas. Mas tal elasticidade não pode ser discricionária, incoerente, nem pouco fundamentada.

Relativamente ao que nos propusemos estudar, e não sem muitas dúvidas quanto à conclusão que agora se apresenta, parece que os tribunais arbitrais, sejam eles necessários ou voluntários, devem poder colocar questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça. Esta conclusão justifica-se fundamentalmente, e para além de tudo o que ficou dito ao longo da dissertação, na equiparação que os vários ordenamentos jurídicos têm feito entre os tribunais arbitrais e os tribunais estaduais de 1.^a instância e na circunstância de o reenvio prejudicial ser “*«a última esperança» de aplicação correta do direito comunitário para os particulares*”¹⁸³.

Na aproximação ao conceito de *órgão jurisdicional*, deve o Tribunal de Justiça ter sempre em vista a “*razão de ser do reenvio prejudicial, que é assegurar ao direito comunitário a mesma eficácia em todos os recantos da Comunidade, ainda que as*

¹⁸³ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 506.

*tradições constitucionais comuns devam desempenhar um papel decisivo aquando da interpretação de uma noção tão relevante*¹⁸⁴.

Para além de que a dita flexibilidade na aplicação dos critérios, que não ajuda a uma coerente jurisprudência europeia, facilita, contudo, a integração dos tribunais arbitrais voluntários no conceito de *órgão jurisdicional*.

Assim, os tribunais arbitrais, sejam eles necessários ou voluntários, legais ou convencionais, permanentes ou *ad hoc*, devem, em princípio, ser considerados *órgãos jurisdicionais* para efeitos de aplicação do artigo 267.º, do TFUE.

¹⁸⁴ Conclusões do D. Ruiz-Jarabo no processo De Coster, c. 81.

Bibliografia

- AMARAL, DIOGO FREITAS DO e PIÇARRA, NUNO, “O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: Uma Evolução na Continuidade”, Lisboa, 2009, disponível em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_ma_7966.doc;
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA, “Contribuição para a reforma da lei de arbitragem voluntária”, 2007, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=59032&ida=59038;
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2013, 2.^a edição;
- BENTO, MÁRCIA COSTA e ALVES, DORA RESENDE, “A noção de jurisdição para efeitos de interpelação de recurso prejudicial: a questão dos tribunais arbitrais”, disponível em <http://repositorio.uportu.pt/bitstream/11328/1115/3/ContenciosoComunit%C3%A1rio.pdf>;
- BRAZ, MÁRIO RUI ANTUNES, “O Regime da Arbitragem Tributária”, pelo Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa, disponível em http://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/3921/1/O_Regime_da_Arbitragem_Tribut%C3%A1ria_Novembro2012.pdf;
- CAPRASSE, OLIVIER, “L’application du Droit Européen de la Concurrence par l’arbitre”, in *Arbitrage et Droit De l’Union Européenne*, sob a direção de Pierre Mayer, Civitas Ediciones, Madrid, 2004;
- CAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO, “Arbitration in Equity and Amiable Composition under Portuguese Law”, in *Journal of international Arbitration*, Wolters Kluwer, 2008, Vol. 25(5);
- CUNHA, PAULO DE PITTA E, *Direito Europeu – Instituições e Políticas da União*, Almedina, Coimbra, 2006;

- FERREIRA, CARLOS LOBATO, “Os tribunais portugueses e o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de tributação direta: algumas notas”, in *Revista do Ministério Público* 136, 2013, disponível em http://rmp.smmp.pt/wp-content/uploads/2014/02/5.RMP_N136_CarlosLobatoFerreira.pdf;
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo Código*, Coimbra Editora, 3.^a edição, Coimbra, 2013;
- GASPAR, ANTÓNIO HENRIQUES “O direito europeu em ação – A jurisprudência do TJUE”, Lisboa, 2010, disponível em <http://www.stj.pt/index.php/coloquios/participados/155-dtoeuropeu-jurisprudenciatjue>;
- GOMES, JOSÉ LUÍS CAMELO, *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2006;
- GORDHANDAS, SONALI, disponível em <http://horizontesfilosoficos28.blogspot.pt/2010/09/o-que-e-definicao-e-quais-sao-as-suas.html>;
- GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Direito da União*, Almedina, Coimbra, 2010;
- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 3.^a edição, Coimbra, 2014;
- MACHADO, JÓNATAS E. M., *Direito da União Europeia*, Wolters Kluwer | Coimbra Editora, Coimbra, 2010;
- MARTINS, ANA MARIA GUERRA, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004;
- MEDEIROS, RUI, “Arbitragem necessária e Constituição”, pp. 19 e 20, disponível em https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jmm_MA_22901.pdf;
- NUNO PIÇARRA, “A Justiciabilidade do Direito da União Europeia: Tribunal de Justiça e Tribunais Nacionais”, disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_18647.pdf;

- QUADROS, FAUSTO DE, *O Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2013;
- QUADROS, FAUSTO DE e MARTINS, ANA MARIA GUERRA, *Contencioso da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009, 2.^a edição;
- QUEIRÓ, AFONSO RODRIGUES, “A função administrativa” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, janeiro-setembro de 1977, Ano XXIV, n.ºs 1-2-3, Atlântida Editora, Coimbra, 1977;
- RIBEIRO, MARIA EUGÉNIA MARTINS DE NAZARÉ, “Artigo 267.º” in *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, coordenado por Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012;
- SÁ, MARIANA NOGUEIRA, “Artigo 267º TFUE: Lex imperfecta? Das consequências da omissão do reenvio prejudicial à luz da lei civil portuguesa”, Lisboa, 2012, p. 12, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13226/1/VersaoFINAL.pdf>;
- SARMIENTO, DANIEL, *Poder Judicial e Integración Europea*, Civitas Ediciones, 1.^a edição, Madrid, 2004;
- TCHING, MARIA ROSA OLIVEIRA, “Juiz nacional – um juiz cada vez mais europeu!”, Guimarães, 2011, p. 136, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/07-DEBATER-Rosa-Tching-Juiz-Nacional-Um-juiz-cada-vez-m.pdf>.

Lista de jurisprudência

Acórdãos do TJUE – todos disponíveis em <https://curia.europa.eu/>.

Referência utilizada	Nº do Processo	Data	Partes
Almelo	C-393/92	27 de abril de 1994	Gemeente Almelo e o. contra Energiebedrijf IJsselmij NV
ANAS	C-192/98	26 de novembro de 1999	contra Azienda nazionale autonoma delle strade (ANAS)
Ascendi	C-377/17		Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, SA contra Autoridade Tributária e Aduaneira
Barr e Montrose Holdings	C-355/89	03 de julho de 1991	Department of Health and Social Security contra Christopher Stewart Barr, Montrose Holdings Limited
Belov	C-394/11	31 de janeiro de 2013	Valeri Hariev Belov contra CHEZ Elektro Bulgaria AD, Lidia Georgieva

			Dimitrova, Roselina Dimitrova Kostova, e O.
Birra Dreher	162/73	21 de fevereiro de 1974	Birra Dreher SpA contra Amministrazione delle Finanze dello Stato
Broekmeulen	246/80	06 de outubro de 1981	C. Broekmeulen contra Huisarts Registratie Commissie
Corbiau	C-24/92	30 de março de 1993	Pierre P. Corbiau contra Administration des contributions
Costa/ENEL	C-6/64	15 de julho de 1964	Flaminio Costa contra ENEL (Ente Nazionale Energia Elettrica)
Danfoss	109/88	17 de outubro de 1989	Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening, em representação da Danfoss
De Coster	C-17/00	29 de novembro de 2001	François De Coster contra Collège des Bourgmestre et

			Échevins de Watermael-Boitsfort
Denuit e Cordenier	C-125/04	27 de janeiro de 2005	Guy Denuit, Betty Cordenier contra Transorient – Mosäique Voyages et Culture SA
Dorsch Consult	C-54/96	17 de setembro de 1997	Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH contra Bundesbaugesellschaft Berlin mbH
Dzodzi	C-297/88 e C-197/89 (processos apensos)	18 de outubro de 1990	Massam Dzodzi contra Estado belga
Eco Swiss	C-126/97	01 de junho de 1999	Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV
Foto-Frost	314/85	22 de outubro de 1987	Foto-Frost contra Hauptzollamt Lübeck-Ost

Gabalfrisa e O.	C-110/98 a C- 147/98	21 de Março de 2000	Gabalfrisa SL e o. contra Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT)
Garofalo e O.	C-69/96 a C-79/96 (processos apensos)	16 de outubro de 1997	Maria Antonella Garafolo e o. contra Ministero della Sanità, Unità sanitaria locale (USL) n.º 58 di Parlerno
Greis Unterweger	318/85	05 de Março de 1986	contra Regina Greis Unterweger
Häupl	C-246/05	14 de junho de 2007	Armin Häupl contra Lidl Stiftung & Co. KG
Jean Devillers	C-167/13	28 de novembro de 2013	Conseil régional d'expression française de l'Ordre des Médecins Vétérinaires (Belgique) contra Jean Devillers
Köllensperger e Atzwanger	C-103/97	4 de fevereiro de 1999	Josef Köllensperger GmbH & Co. KG, Atzwanger AG contra Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schawz

Ligur Carni	C-277/91, C-318/91 e C- 319/91 (processos apensos)	15 de dezembro de 1993	Ligur Carni contra Unità Sanitaria Locale n.º XV di Genova, Ponente SpA contra Unità Sanitaria Locale n.º XIX Spezzino, CO.GE.SE.MA Coop. Arl e Genova Carni Srl contra Unità Sanitaria Locale n.º XV di Genova
Lourenço Dias	C-343/90	16 de julho de 1992	Manuel José Lourenço Dias contra Diretor da Alfândega do Porto
Merck Canada Inc.	C-555/13	13 de fevereiro de 2014	Merck Canada Inc. contra Accord Healthcare Ltd, Alter SA, Labochem Ltd, Synthon BV, Ranbaxy Portugal — Comércio e Desenvolvimento de Produtos Farmacêuticos, Unipessoal Lda.
Nordsee	102/81	23 de março de 1982	Nordsee Deutsche Hochseefischerei GMBH, Bremerhaven, Federal Republic of Germany, contra Reederei Mon D

			Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, Bremerhaven, Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, Bremerhaven
Österreichischer Gewerkschaftsbund	C-195/98	30 de novembro de 2000	Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst contra Republik Österreich
Pardini	C-338/85	21 de abril de 1988	Fratelli Pardini SpA contra Ministero del commercio con l'estero, Banca Toscana (filial de Lucca)
Parfums Christian Dior	C-337/95	04 de novembro de 1997	Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior BV contra Evora BV
Pasquale Foglia	244/80	16 de dezembro de 1981	Pasquale Foglia, Santa Vittoria d'Alba, contra Mariella Novello, Magliano Alfieri

Pilato	C-109/07	14 de maio de 2008	Jonathan Pilato contra Jean-Claude Bourgault
Politi	43/71	14 de dezembro de 1971	Politi S.A.S., Robecco sul Naviglio contra Ministry for Finance of the Italian Republic
Pretore di Salò / X	C-14/86	11 de junho de 1987	Pretore di Salò contra X
Pretura unificata de Turim	228/87	22 de setembro de 1988	Pretura unificata de Turim contra Desconhecidos
Processos penais contra X	C-74/95 e C-129/95 (processos apensos)	12 de dezembro de 1996	contra X
RAI	C-440/98	26 de novembro de 1999	contra Radiotelevisione italiana SpA (RAI)
Rheinmühlen-Düsseldorf	C-166/73	16 de janeiro de 1974	Rheinmühlen-Düsseldorf, de Düsseldorf-Hofthunsen contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide

			und Futtermittel, de Frankfurt am Main
RLT Belgium	C-517/09	22 de dezembro de 2010	contra RLT Belgium SA
Schmid	C-516/99	30 de maio de 2002	Processo instaurado por Walter Schmid
Simmenthal	106/77	09 de março de 1978	Administração das Finanças do Estado contra Sociedade Anónima Simmenthal
Syfait e O.	C-53/03	31 de Maio de 2005	Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e o., Panellinos syllogos farmakapothikarion, Interfarm — A. Agelakos & Sia OE e o., K. P. Marinopoulos Anonymos Etairia emportas kai dianomis farmakeftikon proionton e O. contra GlaxoSmithKline plc, GlaxoSmithKline AEVE

Unectef/Heylens	222/86	15 de outubro de 1987	Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) contra Georges Heylens, Jacques Dewailly, Jacques Amyot e Roger Deschodt
Victoria Film	C-134/97	12 de novembro de 1998	Pedido de decisão apresentado por Victoria Film A/S
Wilson	C-506/04	19 de setembro de 2006	Graham J. Wilson contra Ordre des avocats du barreau de Luxembourg

Índice

Declaração anti plágio	2
Nota prévia.....	3
Lista de abreviaturas	4
Declaração número de caracteres	6
Resumo	7
Abstract	8
1. Introdução - o âmbito do trabalho	9
2. Considerações gerais sobre o reenvio prejudicial.....	12
3. Conceito de <i>órgão jurisdicional</i> - Critérios apontados pelo TJUE	24
i. Natureza jurisdicional do órgão	27
ii. A origem legal do organismo.....	29
iii. A permanência do organismo	30
iv. O caráter vinculativo da jurisdição.....	30
v. O caráter vinculativo da decisão	31
vi. A natureza contraditória do processo	32
vii. A aplicação de normas de direito	34
viii. A independência do organismo	34
ix. Irrecorribilidade da decisão	38
4. Reenvio prejudicial por tribunais arbitrais.....	41
4.1 Considerações gerais sobre o Direito da União Europeia e a arbitragem 41	
4.2 Considerações gerais sobre Arbitragem	46
4.3 Critérios	48
i. O caráter jurisdicional do organismo.....	48

ii. A origem legal do organismo.....	49
iii. A permanência do organismo.....	50
iv. O caráter vinculativo da jurisdição.....	54
v. A natureza contraditória do processo	57
vi. A aplicação de normas de direito	60
vii. A independência do organismo	62
viii. Irrecorribilidade da decisão	65
5. Conclusão.....	67
i. Permanência	70
ii. Obrigatoriedade de recurso à jurisdição arbitral	71
Bibliografia	76
Lista de jurisprudência.....	79