

GARANTIA DA VIA JUDICIÁRIA, ARBITRAGEM NECESSÁRIA, DIREITO AO RECURSO E PATROCÍNIO JUDICIÁRIO: QUESTÕES RECENTES NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

CARLOS LOPES DO REGO

Resumo: Um direito fundamental que define a própria essência do Estado de Direito constitui o direito de acesso à justiça, consagrada no artigo 20.º da nossa Lei Fundamental. Neste conspecto, o direito ao recurso é delimitado com ênfase particular no que respeita às decisões proferidas no âmbito dos processos de arbitragem ou em litígios tendo como objecto direitos fundamentais. A figura do patrocínio judiciário particularmente em sede de processos tendo por objecto “relevantes interesses de ordem familiar” merece igualmente atenção especial.

Palavras-chave: acesso à justiça; direito ao recurso; arbitragem; patrocínio judiciário.

1. AS MÚLTIPLAS VERTENTES E DIMENSÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Procuraremos, ao longo deste breve artigo, analisar esquematicamente os mais relevantes reflexos ou projecções — particularmente, no âmbito do processo civil e perante a jurisprudência mais recente do TC — das várias vertentes do *direito fundamental de acesso à justiça*, ínsitas, segundo entendimento reiterado, na norma constante do *art. 20.º* da Lei Fundamental — que seguramente incluem a *garantia da via judiciária*, os princípios da *igualdade das partes e do contraditório* e da *proibição da indefesa*, bem como a consagração da regra do *processo equitativo*.

Em particular, iremos referir e analisar o decidido em alguns arestos muito recentes do TC, de particular relevância pela significativa incidência na delimitação do âmbito do *direito ao recurso*, nomeadamente quando estão em causa decisões proferidas em *arbitragem necessária* ou em litígios tendo como objecto *direitos fundamentais*, bem como à acrescida relevância garantística concedida à figura do *patrocínio judiciário*, em sede de processos tendo por objecto *relevantes interesses de ordem familiar* dos interessados.

Na síntese constante do recentíssimo Ac. 127/2016 — que nos permitimos citar, pelo seu interesse manifesto:

Decorrem do texto constitucional, explícita ou implicitamente exigências impreteríveis quanto à conformação e organização dos processos jurisdicionais em geral, as quais são um direto corolário da ideia de Estado de direito democrático, porquanto um dos elementos estruturantes deste modelo de Estado é justamente a observância de um due process of law na resolução dos litígios que no seu âmbito deva ter lugar (cfr. o Acórdão n.º 271/95). Com efeito, sendo através do processo que os tribunais desempenham a função jurisdicional, e sendo também por intermédio dele que os cidadãos têm acesso à tutela estadual dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podem as normas que o conformam deixar de refletir princípios que estruturam todo o sistema da Constituição.

Como se afirmou no Acórdão n.º 243/2013:

«[9.] O direito de acesso aos tribunais, enquanto fundamento do direito geral à proteção jurídica, traduz-se na possibilidade de deduzir junto de um órgão independente e imparcial com poderes decisórios uma dada pretensão (o pedido de tutela jurisdicional para um direito ou interesse legalmente protegido), pelo que implica uma série de interações entre quem pede (autor), quem é afetado pelo pedido (réu) e quem decide (juiz), a que corresponde o processo. E a disciplina deste último — o processo em sentido normativo — encontra-se submetida à exigência do processo equitativo: o procedimento de conformação normativa deve ser justo e a própria conformação deve resultar num “processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais” (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. XVI ao artigo 20.º, p. 415). Se tal exigência não afasta a liberdade de conformação do legislador na concreta estruturação do processo, a mesma “impõe, antes de mais, que as normas processuais proporcionem aos interessados meios efetivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos e paridade entre as partes na dialética que elas protagonizam no processo (Ac. n.º 632/99). Um processo equitativo postula, por isso, a efetividade do direito de defesa no processo, bem como dos princípios do contraditório e da igualdade de armas” (cfr. Rui Medeiros in Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, anot. XVIII ao artigo 20.º, p. 441). [...]

Nessa linha, entendendo-se a exposição das razões de facto e de direito de uma dada pretensão, com sujeição ao contraditório da parte contrária, perante o tribunal antes que este tome a sua decisão como uma manifestação do direito de defesa dos interessados perante os tri-

bunais, tal direito, juntamente com o princípio do contraditório, não pode deixar de ser visto como “uma decorrência do direito de acesso aos tribunais e a um processo equitativo julgado por um órgão imparcial e independente. Por isso, embora só estejam [- o direito de defesa e o princípio do contraditório -] expressamente consagrados na Constituição no âmbito do processo penal, [os mesmos] apresentam-se como normas de alcance geral” (cfr. Rui Medeiros, ob. cit., anot. XX ao artigo 20.º, pp. 442-443). [...]

Como o Tribunal Constitucional afirmou no seu Acórdão n.º 287/90, embora a garantia da via judiciária do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição se traduza prima facie no direito de recurso a um tribunal para obter dele uma decisão sobre a pretensão perante o mesmo deduzida, deve incluir-se ainda na mesma garantia a proteção contra atos jurisdicionais. Isto é, o direito de ação incorpora no seu âmbito o próprio direito de defesa contra atos jurisdicionais, o qual, obviamente, só pode ser exercido mediante o recurso para (outros) tribunais: “o direito (subjeto) de recorrer visa assegurar aos particulares a possibilidade de impugnam os atos jurisdicionais e ainda tornar mais provável, em relação às matérias com maior dignidade, a emissão da decisão justa, dada a existência de mais do que uma instância”.

No mesmo aresto, todavia, este Tribunal também advertiu que daquela proposição não decorre a existência de um ilimitado direito de recurso, extensivo a todas as matérias, o que implicaria a inconstitucionalidade do próprio estabelecimento de alçadas. O Tribunal considerou, então, que, com ressalva da matéria penal, atendendo ao que dispõe o n.º 1 do artigo 32.º da Constituição, tal direito não é um direito absoluto — irrestringível. Diferentemente, o que se pode retirar, inequivocamente, das disposições conjugadas dos artigos 20.º e [atual] 210.º da Constituição, em matérias diversas da penal, é que existe um genérico direito de recurso dos atos jurisdicionais, cujo preciso conteúdo pode ser traçado, pelo legislador ordinário, com maior ou menor amplitude. Ao legislador ordinário estará vedado, exclusivamente, abolir o sistema de recursos in toto ou afetá-lo substancialmente. Esta orientação foi posteriormente reafirmada por diversas vezes (cfr., entre outros, os Acórdãos n.ºs 210/92, 346/92, 403/94, 475/94, 95/95, 270/95, 336/95, 489/95, 715/96, 1124/96, 328/97, 234/98, 276/98, 638/98, 202/99, 373/99, 415/2001, 261/2002, 302/2005, 689/2005, 399/2007 e 500/2007).

No Acórdão n.º 40/2008 admitiu-se ainda que, para além dos casos que relevam do direito de defesa do arguido em processo penal, seria também sustentável que, sendo constitucionalmente assegurado o acesso aos tribunais contra quaisquer atos lesivos dos direitos dos cidadãos (maxime dos direitos, liberdades e garantias), sejam esses atos provenientes de particulares ou de órgãos do Estado, se garantisse o direito à impugnação judicial de atos dos tribunais (sejam eles decisões judiciais ou atuações materiais) que constituíssem a causa primeira e direta da

afetação de tais direitos. Considerou-se, então, que quando a atuação de um tribunal, por si mesma, afeta, de forma direta, um direito fundamental de um cidadão, mesmo fora da área penal, a este deveria ser reconhecido o direito à apreciação judicial dessa situação; mas quando a afetação do direito fundamental do cidadão tivesse tido origem numa atuação da Administração ou de particulares e esta atuação já tivesse sido objeto de controlo jurisdicional, então não seria em todos os casos constitucionalmente imposta uma reapreciação judicial dessa decisão de controlo (cfr., no mesmo sentido, os Acórdãos n.ºs 44/2008 e 197/2009).

Por outro lado, fora do âmbito em que se considera constitucionalmente imposto que o legislador ordinário consagre um segundo grau de jurisdição, se este decidir prever esse segundo grau em determinadas situações, daí não se segue que o legislador tenha irrestrita liberdade na regulação desse recurso. O Tribunal Constitucional sempre tem entendido que se o legislador, apesar de a tal não estar constitucionalmente obrigado, prevê, em certas situações, um duplo ou triplo grau de jurisdição, na respetiva regulamentação não lhe é consentido adotar soluções desrazoáveis, desproporcionadas ou discriminatórias, devendo considerar-se vinculado ao respeito do direito a um processo equitativo e aos princípios da igualdade e da proporcionalidade (cfr. o Acórdão n.º 197/2009). Como se referiu no Acórdão n.º 628/2005, a garantia constitucional do direito ao recurso não se esgota na dimensão que impõe a previsão pelo legislador ordinário de um grau de recurso, pois “tal garantia, conjugada com outros parâmetros constitucionais, pressupõe, igualmente, que na sua regulação o legislador não adote soluções arbitrárias e desproporcionadas, limitativas das possibilidades de recorrer — mesmo quando se trate de recursos apenas legalmente previstos e não constitucionalmente obrigatórios (assim, vejam-se os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 1229/96 e 462/2003) [...]”.»

Por sua vez, no também recentíssimo e muito relevante Ac. 193/2016, teve o TC oportunidade de — reiterando aquele entendimento — se pronunciar sobre as dimensões normativas inferíveis do direito a um **processo equitativo e justo**, fazendo-o nos seguintes termos:

Sobre o entendimento do direito a um processo equitativo e justo, defende este Tribunal, na síntese formulada em diversos arestos, como, por exemplo, no Acórdão n.º 778/2014:

«O artigo 20.º da Constituição, sob a epígrafe «Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva», garante a todos o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos (n.º 1), impondo ainda que esse direito se efetive através de um processo equitativo (n.º 4).

A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem entendido que o direito de acesso aos tribunais implica a garantia de uma proteção juris-

dicional eficaz ou de uma tutela judicial efetiva, cujo âmbito normativo abrange, nomeadamente: (a) o direito de ação, no sentido do direito subjetivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdicional; (b) o direito ao processo, traduzido na abertura de um processo após a apresentação daquela pretensão, com o consequente dever de o órgão jurisdicional sobre ela se pronunciar mediante decisão fundamentada; (c) o direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas, no sentido de a decisão haver de ser proferida dentro dos prazos preestabelecidos, ou, no caso de estes não estarem fixados na lei, dentro de um lapso temporal proporcional e adequado à complexidade da causa; (d) o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade, no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas (veja-se, neste sentido, entre outros, o Acórdão n.º 440/94).

Acresce ainda que o direito de ação ou direito de agir em juízo terá de efetivar-se através de um processo equitativo, o qual deve ser entendido não só como um processo justo na sua conformação legislativa, mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais.

*A jurisprudência e a doutrina têm procurado densificar o conceito de processo equitativo essencialmente através dos seguintes princípios: (1) direito à igualdade de armas ou igualdade de posição no processo, sendo proibidas todas as diferenças de tratamento arbitrárias; (2) proibição da indefesa e direito ao contraditório, traduzido fundamentalmente na possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e direito, oferecer provas, controlar a admissibilidade e a produção das provas da outra parte e pronunciar-se sobre o valor e resultado de umas e outras; (3) direito a prazos razoáveis de ação e de recurso, sendo proibidos os prazos de caducidade demasiados exíguos; (4) direito à fundamentação das decisões; (5) direito à decisão em prazo razoável; (6) direito de conhecimento dos dados do processo (dossier); (7) direito à prova; (8) direito a um processo orientado para a justiça material (Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, Volume I, pp. 415 e 416).*

Importa ainda salientar que a exigência de um processo equitativo, consagrada no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição, não afasta a liberdade de conformação do legislador na concreta modelação do processo. No entanto, no seu núcleo essencial, tal exigência impõe que os regimes adjetivos proporcionem aos interessados meios efetivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, bem como uma efetiva igualdade de armas entre as partes no processo, não estando o legislador autorizado a criar obstáculos que dificultem ou prejudiquem, arbitrariamente ou de forma desproporcionada, o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva.» (v., também, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 235/2011, 350/2012, 839/2013, 204/2015 ou 569/2015).

Em particular, no respeitante ao princípio do contraditório e ao direito de defesa, o Tribunal Constitucional precisou no seu Acórdão n.º 510/2015:

«Sobre o princípio do contraditório, salientou este Tribunal, no Acórdão n.º 86/88 [...] que este parâmetro se integra no âmbito da garantia de acesso ao direito, a qual abrange, «entre o mais, um direito a uma solução jurídica dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável e com observância das garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se, designadamente, um correto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder “deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de umas e outras” (cfr. Manuel de Andrade, Noções Elementares de Processo Civil, I, Coimbra, 1956, p. 364)».

[...]

É assente, na jurisprudência constitucional, que do conteúdo do direito de defesa e do princípio do contraditório resulta prima facie que cada uma das partes deve poder exercer uma influência efetiva no desenvolvimento do processo, devendo ter a possibilidade, não só de apresentar as razões de facto e de direito que sustentam a sua posição antes de o tribunal decidir questões que lhes digam respeito, mas também de deduzir as suas razões, oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e tomar posição sobre o resultado de umas e outras (cfr. designadamente, os Acórdãos. n.ºs 1185/96 e 1193/96).

A jurisprudência adota, assim, um entendimento amplo do contraditório, entendido “como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, 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” (Lebre de Freitas, Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 96.). Adianta ainda este autor que “o escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento do processo”.»

2. A GARANTIA DA VIA JUDICIÁRIA E A ARBITRABILIDADE DA RELAÇÃO LITIGIOSA

2.1. A **garantia da via judiciária**, como dimensão primacial do direito de acesso aos tribunais, conexas, nesta sede, com o princípio fundamental da **reserva do juiz**, implica a outorga aos interessados legítimos do *direito ao*

processo, ou seja, do exercício da acção judicial para tutela efectiva e jurisdicional de quaisquer situações juridicamente protegidas.

Assim, a lei de processo tem de conter os **instrumentos procedimentais adequados** para a **tutela efectiva das posições jurídicas** dos interessados, não podendo haver *direitos totalmente desprovidos de tutela jurídica por falta da acção adequada*, devendo corresponder a cada direito a acção adequada a efectivá-lo em juízo (*cfr. ac. 503/04*).

Por outro lado, implica também esta fundamental garantia dos cidadãos que os interessados têm o direito de ver solucionados por um verdadeiro **tribunal** — órgão jurisdicional dotado das garantias de **independência e imparcialidade** — os litígios incidentes sobre *direitos privados*, os quais não podem ser obrigatoriamente sujeitos a entidades *administrativas*, desprovidas daquelas fundamentais características, ou a uma qualquer *comissão arbitral* cujo processo de designação não assegure plenamente a *independência e imparcialidade* dos membros que a integram.

Mostra-se, pois, assegurada, por via deste princípio garantístico, a possibilidade de *acesso ao processo* como forma de *tutela jurisdicional efectiva de quaisquer situações juridicamente protegidas* — o que constitui impedimento a que a tarefa de composição dos litígios de direito privado possa ser cometida pelo direito infraconstitucional a quaisquer *entidades de natureza administrativa*, insusceptíveis de se configurarem, do ponto de vista constitucional, como verdadeiros **tribunais**, por desprovidas das *características essenciais da independência e da imparcialidade* que caracterizam o núcleo essencial do exercício da *função jurisdicional*.

Este princípio constitucional projecta-se, desde logo, na delimitação das *competências* legalmente atribuídas a órgãos que — movendo-se ainda na órbita dos tribunais — carecem manifestamente de natureza jurisdicional, como ocorre com o **secretário judicial** (por exemplo, em matéria de decisões sobre custas — *cfr. o ac. 182/90* — ou no âmbito do procedimento de injunção — *cfr. Ac. 508/95* —) e ao **agente de execução** no domínio da tramitação do processo executivo.

É, pois, manifesto e incontroverso que a estes sujeitos ou entidades não pode seguramente ser cometida qualquer *competência material para a resolução do litígio sobre que versam os autos, através da interpretação e concretização do conteúdo das normas jurídicas relevantes* — com exclusão naturalmente dos casos em que a tais sujeitos ou agentes apenas esteja atribuída função que não implique minimamente o exercício de uma tarefa *materialmente jurisdicional* (como sucede, por exemplo, com a mera criação de um título executivo, desprovido do valor típico da sentença, no termo do procedimento de injunção).

2.2. Mais recentemente, esta específica dimensão da garantia judiciária tem sido também abordada — muitas vezes em situações cuja análise envolve maior complexidade — a propósito da criação legislativa e do regime de funcionamento de **tribunais arbitrais necessários**.

Esta questão foi analisada recentemente pelo TC nos acs. 781/2013 e 123/2015, a propósito de dois *tribunais arbitrais necessários* recentemente introduzidos no nosso ordenamento jurídico — respectivamente, o *Tribunal Arbitral do Desporto* e a *Arbitragem Necessária instituída em sede de direitos de propriedade industrial quanto a medicamentos de referência ou genéricos*

Admitindo há muito o TC que estes órgãos jurisdicionais, a que as partes necessariamente têm de aceder para ver solucionados determinados litígios, se podem configurar ainda como *tribunais*, já que a Lei Fundamental não circunscreve os órgãos jurisdicionais aos *tribunais estaduais* ou mesmo aos *tribunais arbitrais voluntários*, assentes ainda no exercício da autonomia da vontade das partes, importa ponderar cuidadosamente:

- por um lado, se estamos perante *verdadeiros órgãos jurisdicionais*, não merecendo obviamente tal qualificação entidades que se mostram desprovidas, nomeadamente pela forma de designação ou garantias estatutárias, das fundamentais notas de *independência decisória e imparcialidade* (veja-se, por exemplo, a situação dirimida no Ac. 52/92, analisada no nosso artigo *O Direito Fundamental do Acesso aos Tribunais e a Reforma do Processo Civil in Estudos Em Homenagem A Cunha Rodrigues, 2001, p. 739*);
- por outro lado, se a matéria sujeita a *arbitrabilidade* necessária pode, pela sua natureza, ser desviada do âmbito das competências exclusivas da justiça estadual pública;
- finalmente — e é este o aspecto inovatório que ressalta daqueles arestos — preenchidas embora tais notas fundamentais ao exercício da função jurisdicional pelo tribunal arbitral necessário — se o regime de funcionamento deste *contempla mecanismos que proporcionem aos tribunais estaduais, com suficiente abrangência para salvaguardar os valores constitucionais em presença, a última palavra na resolução dos litígios submetidos, em primeira linha, à jurisdição arbitral necessária, através da adequada e suficiente via do recurso*.

Nos dois casos subjacentes a tais arestos, revelou-se decisivo para o diferente julgamento da questão de constitucionalidade, suscitada nesta sede e referente à admissibilidade constitucional de criação legislativa de situações de *arbitrabilidade necessária* em determinadas matérias litigiosas, o *âmbito do recurso* consentido à parte vencida para o tribunal estadual competente (não bastando, na jurisdição desportiva, o estabelecimento de mecanismo análogo ao da *revista excepcional*, mas sendo suficiente, no campo da propriedade industrial de patentes de medicamentos, a ampla garantia de acesso aos Tribunais da Relação).

2.3. Afirmou-se nomeadamente sobre este tema no Ac. 123/2015:

No caso que nos ocupa, a tutela jurisdicional dos direitos de propriedade industrial derivados de patentes sobre medicamentos de referência é cometida aos tribunais arbitrais. Não sendo este um domínio que suscite reservas especiais de jurisdição, tal como decorrem da Constituição, seja o exemplo da matéria penal, pode admitir-se que a forma de tutela conferida pelo legislador aos titulares de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência em face da sua (possível) afetação pela introdução no mercado de medicamentos genéricos (similares), por recurso à arbitragem para a composição dos litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, não é, prima facie, vedada pela Constituição.

É certo que o regime instituído pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, submetendo a arbitragem necessária a composição de litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial sobre medicamentos de referência relativamente a medicamentos genéricos, reveste especial interesse em função do direito que a final se procura acautelar, também ele com assento constitucional, como já assinalado: o direito de propriedade industrial.

Contudo, sem prejuízo da enorme relevância dos interesses em presença e, bem assim, do direito que se visa acautelar, considera-se que a matéria em causa não convoca, só por si, a garantia de uma reserva de tutela jurisdicional exclusivamente pública (estadual), subtraindo-a de qualquer alternativa — como é o caso da justiça arbitral — para a sua garantia.

Esta primeira conclusão não permite, contudo, responder cabalmente às questões suscitadas no presente recurso de constitucionalidade, já que o recurso à arbitragem como forma de resolução de litígios — mesmo fora dos domínios exclusivamente reservados pela Constituição à justiça estadual — não deixa de convocar a atenção do juiz constitucional, mormente, como é o caso, tratando-se de arbitragem necessária. A questão colocou-se recentemente no Tribunal Constitucional quanto à instituição da arbitragem na justiça desportiva.

(...)

Em face do que antecede, considera-se que a tutela dos direitos de propriedade industrial derivados de patentes sobre medicamentos de referência, seja pela fundamentalidade dos direitos envolvidos e, bem assim, dos interesses públicos que subjazem aos títulos ou autorizações em que se baseiam, seja pelas implicações com os atos administrativos acima referidos, sem prejuízo de não se reportar a matéria exclusivamente reservada aos tribunais estaduais — e assim se admitindo por princípio a respetiva arbitrabilidade — não deixa de convocar algumas garantias a observar no acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva em face da imposição de recurso à arbitragem como mecanismo de tutela desses direitos.

Nesta sequência, considera-se caber in casu o entendimento seguido na jurisprudência exarada nos Acórdãos n.ºs 230/13 e 781/13, pese embora referida à justiça desportiva, de modo a admitir-se a conformidade constitucional da imposição pelo legislador de um regime de arbitragem (necessária) neste domínio se e enquanto garantida a intervenção de tribunal estadual. .

Esse entendimento foi assim sintetizado no Acórdão n.º 781/13:

«(...) Sobre a atribuição à jurisdição arbitral necessária do TAD de competência para conhecer litígios que têm por objeto atos e omissões das federações e outras entidades desportivas e ligas profissionais, no âmbito do exercício de poderes regulamentares, disciplinares e outros de natureza pública, concedidos por efeito da delegação de poderes efetuada pela atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva e para conhecer dos recursos das deliberações tomadas por órgãos disciplinares das federações desportivas ou pela Autoridade Antidopagem de Portugal em matéria de violação das normas antidopagem (litígios antes sujeitos à jurisdição administrativa), pronunciou-se o Tribunal Constitucional no já referido acórdão n.º 230/2013, aquando da apreciação preventiva da constitucionalidade de norma do Decreto n.º 128/XII.

Entendeu o Tribunal Constitucional que «a criação de tribunais arbitrais não pode deixar de se encontrar preordenada a outros princípios constitucionais e, de entre estes, à garantia de acesso aos tribunais e à garantia de reserva de jurisdição» e que a submissão de litígios a uma jurisdição arbitral, como prevê o n.º 2 do artigo 209.º da CRP, «não significa que o recurso a um tribunal estadual não seja ainda a principal via de acesso ao direito e que não possam ser estabelecidos, com base nessa reserva de jurisdição, certos limites à constituição de tribunais arbitrais.»

Sublinhou, por outro lado, que embora no domínio do contencioso administrativo a possibilidade de recurso à arbitragem não seja inteiramente estranha aos litígios que envolvam o exercício de poderes de autoridade da Administração, a solução preconizada na Lei do TAD distingue-se porque prevê «a arbitragem necessária como único meio de resolução dos litígios e não contém qualquer exceção relativamente aos atos administrativos que poderão ser objeto de apreciação em tribunal arbitral, na medida em que abrange todos os atos praticados no exercício de poderes de autoridade, incluindo os atos sancionatórios (...).»

Admitindo que, fora dos casos individualizados na Constituição em que há lugar a uma reserva absoluta de jurisdição, o direito de acesso aos tribunais poderá ser assegurado apenas em via de recurso, caso em que se poderá falar numa reserva relativa de jurisdição ou reserva de tribunal, o Tribunal identificou especiais dificuldades porque «estamos perante uma forma de arbitragem necessária e a autoridade administrativa implicada no processo arbitral é uma entidade privada que ape-

nas intervém na execução de uma tarefa de interesse público por efeito da transferência do exercício de poderes pertencentes a uma entidade pública e que, apesar da transferência, se mantêm na sua titularidade».

Considerou o Tribunal Constitucional não ser «aceitável, num primeiro relance, que o Estado delegue poderes de autoridade numa entidade privada, operando por essa via uma privatização orgânica da Administração relativamente ao exercício de uma certa tarefa pública, e simultaneamente renuncie também a qualquer controlo jurisdicional de mérito, através de tribunais estaduais, quanto às decisões administrativas que sejam praticadas no quadro jurídico dessa delegação de competências.»

E que, em tese geral, «a exigência de previsão de um meio de recurso para um tribunal estadual, no quadro da arbitragem necessária, torna-se mais evidente, no plano jurídico-constitucional, quando não estão em causa meras relações de direito privado, nem meras relações jurídicas administrativas em que as partes se encontrem em situação de paridade, mas antes relações jurídicas que decorrem do exercício de poderes de autoridade.»

Entendeu-se que, para além disso, a circunstância de estarem «implicados poderes de autoridade que resultam de uma transferência de responsabilidade no exercício de uma certa tarefa pública, de que o Estado é ainda o titular e por cuja execução continua a ser o garante, justifica que se invoque uma reserva relativa de juiz que proporcione aos tribunais estaduais a última palavra na resolução de litígios que resultem dessa intervenção administrativa delegada.»

E que «ainda que os tribunais arbitrais constituam uma categoria de tribunais e exerçam a função jurisdicional, não pode perder-se de vista que essa é uma forma de jurisdição privada, que, no caso do Tribunal Arbitral do Desporto, é imposta obrigatoriamente aos potenciais lesados por decisões unilaterais praticadas por entidades desportivas no exercício de poderes de autoridade.»

Concluiu o Tribunal Constitucional que o «direito fundamental de acesso aos tribunais constitui tendencialmente uma garantia de acesso a tribunais estaduais em resultado da necessária conexão entre esse direito e a reserva de jurisdição, que apenas poderá caracterizar uma reserva de jurisdição arbitral quando o acesso ao tribunal arbitral seja livre e voluntário. Ademais, a intervenção de órgãos judiciais do Estado torna-se particularmente exigível quando se trate de assegurar, no quadro regulatório da atuação de entidades privadas investidas em poderes públicos, a sua vinculação à lei e aos princípios materiais de juridicidade administrativa, e, desse modo, também, a adequada fiscalização do desempenho da tarefa pública que lhes incumbe.»

Concluiu, ainda, que neste contexto a irrecorribilidade das decisões arbitrais «representa uma clara violação do direito de acesso aos tribunais, não apenas por se tratar de decisões adotadas no âmbito de uma

arbitragem necessária, mas também pela natureza dos direitos e interesses em jogo e pelo facto de estar em causa o exercício de poderes de autoridade delegados.»

Clarificando, depois, que o direito fundamental de acesso aos tribunais impõe que as partes possam discutir num tribunal estadual o mérito da decisão arbitral e que a restrição do direito de acesso aos tribunais resulta «da insuficiência dos mecanismos de acesso à justiça estadual, na medida em que não se contempla um mecanismo de reexame perante um órgão judicial do Estado relativamente às situações comuns em que o particular pretenda discutir a decisão que se pronuncia sobre o fundo da causa ou que ponha termo ao processo».

Decorre, assim, da jurisprudência do Acórdão n.º 230/2013 que pode ser atribuída à jurisdição arbitral necessária do TAD competência para conhecer litígios que têm por objeto atos e omissões das federações e outras entidades desportivas e ligas profissionais, no âmbito do exercício de poderes regulamentares, disciplinares e outros de natureza pública, concedidos por efeito da delegação de poderes efetuada pela atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva e para conhecer dos recursos das deliberações tomadas por órgãos disciplinares das federações desportivas ou pela Autoridade Antidopagem de Portugal em matéria de violação das normas antidopagem, desde que se contemplem mecanismos que proporcionem aos tribunais estaduais a última palavra na resolução desses litígios.(...).»

Cumprir observar que o regime legal que nos ocupa contém expressa previsão da intervenção de tribunal judicial a título de recurso da decisão arbitral (de mérito). Assim dispõe o n.º 7 do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011: «Da decisão arbitral cabe recurso para o Tribunal da Relação competente, com efeito meramente devolutivo».

Pode daqui retirar-se que o legislador instituiu um mecanismo de reexame da decisão arbitral perante um órgão judicial do Estado, permitindo ao particular discutir a decisão arbitral que se pronunciou sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, pôs termo ao processo arbitral, junto do Tribunal da Relação competente, a quem caberá a última palavra na resolução dos litígios submetidos à jurisdição arbitral necessária. Assim sendo, em certa medida, o regime de arbitragem necessária em análise (decorrente da norma inserta no artigo 2.º da Lei n.º 62/2011) vai ao encontro das garantias assinaladas na jurisprudência citada.

Prevalecemo-nos do Acórdão n.º 230/13:

«(...)

A possibilidade de institucionalizar formas de composição não jurisdicional de conflitos, nos termos do n.º 4 desse mesmo artigo 202.º, e

de submissão de litígios a uma jurisdição arbitral, como prevê o n.º 2 do artigo 209.º, não significa que o recurso a um tribunal estadual não seja ainda a principal via de acesso ao direito e que não possam ser estabelecidos, com base nessa reserva de jurisdição, certos limites à constituição de tribunais arbitrais.

E deverá ter-se presente que o direito de acesso aos tribunais, como direito fundamental correlacionado com a reserva da função jurisdicional, é também ele um “corolário lógico da tendencial resolução dos conflitos através de tribunais estaduais”. A este propósito PEDRO GONÇALVES observa que a garantia do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, é a do «direito de acesso a tribunais estaduais, não tendo sentido dizer-se que ali se garante o acesso a tribunais a constituir por iniciativa dos interessados. O que a instituição de tribunais arbitrais voluntários representa, ou pode representar, é a voluntária renúncia ao direito de acesso aos tribunais do Estado» (ob. cit., p. 565, nota 450).

A admitir-se esta asserção como válida para os tribunais arbitrais voluntários, por maioria de razão ela é aplicável aos tribunais arbitrais necessários, visto que a criação destes tribunais resulta de imposição legal e impede os interessados de recorrerem ao tribunal da ordem judiciária comum que seria normalmente competente para dirimir o conflito. E é nesse sentido que aponta o autor agora citado quando refere que «o facto de a Constituição incluir os tribunais arbitrais nas categorias de tribunais não assegura a constitucionalidade dos tribunais arbitrais necessários em todos os casos: só é pensável admitir a imposição da composição arbitral quando não se encontre vedado o acesso aos tribunais estaduais, hipótese que só se verifica se não estiver excluída a possibilidade de recurso da decisão arbitral para aqueles tribunais» (ob. cit., p. 573).(…)».

Na linha da jurisprudência constitucional citada, a arbitragem necessária no domínio que nos ocupa não se mostrará desconforme com a garantia decorrente do direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva, na medida em que se encontra assegurada a intervenção de tribunal estadual na reapreciação das decisões proferidas quanto à questão de fundo na justiça arbitral.

2.4. Esta mesma ideia base, segundo a qual determinadas decisões proferidas pelos *tribunais arbitrais necessários* têm de ser passíveis de recurso ordinário para o tribunal estadual competente, foi recentemente concretizada também no âmbito da **arbitragem tributária** pelo Ac. 177/2016, que julgou inconstitucional a alínea c) do n.º 1 do artigo 28.º do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, na interpretação normativa de que o conceito de «pronúncia indevida» não abrange a impugnação da decisão arbitral com fundamento na incompetência material do tribunal arbitral, por violação concomitante dos artigos 20.º e 209.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

O que estava em causa era essencialmente saber se seria constitucionalmente legítima a interpretação da referida norma, em termos de ficar excluída qualquer possibilidade de controlo da decisão que o tribunal arbitral proferisse *acerca da sua própria competência* para apreciar a matéria litigiosa: e — apesar de reiterar a tradicional jurisprudência constitucional, segundo a qual, fora do domínio penal, não está constitucionalmente garantido um direito geral ao duplo grau de jurisdição — considerou este aresto que *a arbitrabilidade dos litígios de natureza tributária apresenta particularidades que justificam um tratamento diferenciado relativamente à arbitragem em geral*.

Por um lado, a competência dos tribunais arbitrais tributários depende de um ato administrativo, praticado sob forma de portaria, pelos membros do Governo indicados no n.º 1 do artigo 4.º do RJAT. Quer isto dizer que o legislador se absteve de regular a competência dos tribunais arbitrais em matéria tributária, remetendo tal regulamentação para o Governo, que a exercerá dentro do quadro legal, norteado, seguramente, por razões de oportunidade e conveniência.

Por outro lado, acentuando as implicações jurídico-públicas da arbitragem tributária, note-se que a LAT, no seu artigo 29.º, exclui do direito subsidiário aplicável as normas Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro), preferindo-lhes, significativamente, para além do Código de Processo Civil, normas de diplomas claramente ligados à atividade administrativa e tributária.

Julga-se acertado considerar que a interpretação normativa contestada pelo recorrente, tornando judicialmente irrefutável uma decisão do tribunal arbitral sobre a sua competência, constitui limitação injustificada da reapreciação da decisão arbitral.

Por outras palavras: a alegada incompetência do tribunal arbitral não pode deixar de se considerar coberta pela expressão «pronúncia indevida»; na interpretação normativa oposta, adotada na decisão recorrida, terá ocorrido ofensa daqueles preceitos da Constituição.

3. O ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DO DIREITO AO RECURSO

Importa realçar a relevância do entendimento jurisprudencial acabado de referir, que se projecta, afinal, na delimitação da tutela constitucional do **direito ao recurso**, em áreas que se não reconduzam ao processo penal, quando estiverem em cauda *decisões proferidas por um tribunal arbitral não inserido na típica arbitragem voluntária*, regida pela LAV.

Na verdade, não vale aqui — ou não vale inteiramente — a jurisprudência reiterada segundo a qual *a não está garantida a existência fora do âmbito do processo penal de um direito geral a um duplo — ou, por maioria de razão, triplo — grau de jurisdição*, considerando-se que o direito à tutela jurisdicio-

nal não integra sucessivos graus de jurisdição, bastando-se com a apreciação jurisdicional do litígio — e dispondo, por isso, o legislador de uma ampla margem de discricionariedade legislativa para moldar os pressupostos da recorribilidade.

Deste modo, — e segundo tal entendimento reiterado — apenas está vedado ao legislador, atenta a imposição constitucional de uma hierarquia de tribunais, eliminar pura e simplesmente, de modo absoluto, a faculdade de recorrer, tendo ainda de respeitar nesta sede as exigências do *princípio da igualdade*: admitida em geral a recorribilidade de certa decisão, não pode limitar-se, de modo arbitrário, a possibilidade de uma parte determinada interpor recurso da decisão que lhe seja desfavorável (*veja-se o nosso artigo O Direito de Acesso aos Tribunais na Jurisprudência Recente do TC, in Estudos em Memória do Conselheiro Luis Nunes de Almeida, 2007, p. 853 e ss.*).

E, nesta perspectiva, têm suportado facilmente o confronto com a Lei Fundamental os regimes que, instituindo mecanismos de *filtragem* no acesso aos Supremos Tribunais, limitam naturalmente a reapreciação por estes da matéria litigiosa, em recurso que, como é típico da revista, só pode incidir sobre *matéria de direito* (não podendo por isso obviamente censurar-se o inviabilidade de o STJ se pronunciar sobre *questões de facto*, mesmo nos casos em que a Relação haja alterado substancialmente a base factual do litígio, ao exercer o duplo grau de jurisdição sobre a matéria de facto — *cfr. Ac. 561/14*).

Por outro lado, a ampla discricionariedade legislativa para delinear o regime dos recursos cíveis abrange a definição dos *próprios mecanismos de uniformização da jurisprudência* — não obedecendo, nomeadamente, a consagração do actual mecanismo do *recurso extraordinário* a um imperativo constitucional, emergente do estatuído no *art. 20.º* (foi tido por constitucionalmente suficiente, até 2007, o mecanismo manifestamente menos garantístico da *revista ampliada*).

E daí que dependa obviamente da livre discricionariedade do legislador a definição dos pressupostos de admissibilidade de tal *recurso extraordinário*, nenhuma norma constitucional impondo, por exemplo, a sua admissibilidade perante a invocação de conflitos jurisprudenciais situados ao nível das Relações (*Ac. 657/13*).

Estas conclusões sofrem, porém, como se viu, alguma limitação ou compressão quando estivermos confrontados com decisões proferidas por **tribunais arbitrais** não regidos pelo típico regime da LAV — funcionando então como **pressuposto da legitimidade da própria arbitrabilidade** da matéria litigiosa a consagração de **vias recursórias para os tribunais estaduais tidas por suficientes**, àqueles cumprindo, assim, a prolação de uma *última palavra* sobre o litígio.

Este recente incremento ou reforço do direito, constitucionalmente tutelado, a um **duplo grau de jurisdição**, fora das áreas regidas pelo processo penal, resulta também do recente Ac. 280/15, que ampliou o âmbito do *direito ao recurso*, ao admiti-lo necessariamente, independentemente do valor da causa, quando a decisão recorrida **afectar direitos fundamentais** da parte vencida, nomeadamente *direitos, liberdades e garantias*: daí que se tenha julgado inconstitucional, *por violação do direito ao recurso de decisões judiciais que diretamente afetam direitos, liberdades e garantias, decorrente do direito de acesso aos tribunais, consagrado no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, a norma extraída das disposições conjugadas do artigo 15.º do CIRE, e artigos 304.º, primeira parte, e 629.º, n.º 1, do CPC, interpretadas no sentido de que não cabe recurso de decisões proferidas no incidente de qualificação da insolvência cujo valor, determinado pelo ativo do devedor, seja inferior ao da alçada do tribunal de primeira instância.*

Ou seja, o impacto, na esfera jurídico-pessoal da pessoa afetada, e no núcleo essencial dos direitos de personalidade, não pode deixar de implicar o reconhecimento ao titular dos direitos afetados pela decisão de qualificação da insolvência como culposa, o direito de ver reapreciada, pelo menos num grau de recurso, a validade e bondade da sentença que assume, ao nível da prova, esse mais (frágil) nível de estruturação e, tem, ao nível dos efeitos substantivos, esse intenso (e alargado) campo subjetivo de intervenção (admitindo expressamente que a qualificação da insolvência como culposa pode justificar imperatividade constitucional de um duplo grau de jurisdição pelas consequências gravosas que comporta — mesmo nos casos em que, por aplicação das regras gerais sobre recorribilidade, a questão deveria morrer na 1.ª instância.

Esta ideia base, segundo a qual poderia ter-se por ínsito no art. 20.º da Constituição um *direito ao recurso*, fundado na especificidade e relevância fundamental de certas matérias litigiosas, remonta, aliás, a determinados arestos proferidos nos anos 80/90 — nomeadamente a *declarações de voto* então expressadas, segundo as quais estaria “*constitucionalmente incluído no princípio do Estado de direito democrático o direito ao recurso de decisões que afectem direitos, liberdades e garantias constitucionalmente garantidos, mesmo fora do âmbito penal.*”

Como se dá conta, por exemplo, no Acórdão 40/2008, a primeira abordagem desta questão foi feita em duas *declarações de voto* exaradas nos Acórdãos n.ºs 65/88 e no Acórdão n.º 202/90, em que se discutia a constitucionalidade, designadamente à luz do direito de acesso aos tribunais consagrado no artigo 20.º da Constituição, *das normas conjugadas dos artigos 103.º, alínea d), da LPTA e 24.º, alíneas a) e b), do ETAF, na medida em que não admitiam recurso para o pleno da secção do STA, salvo por oposição de julgados, dos acórdãos dessa instância que decidam, no correspondente incidente cautelar, sobre a suspensão da eficácia de actos contenciosamente impugnados.*

Divergindo do entendimento invocado em fundamento do juízo de não inconstitucionalidade formulado, assente na ideia central de que o direito de acesso aos tribunais não garante o direito a um duplo grau de jurisdição, defende-se na *declaração de voto aposta no primeiro dos citados acórdãos, subscrita pelo Conselheiro Vital Moreira*, o seguinte:

«Votei a conclusão do acórdão, mas não acompanho em tudo a respetiva fundamentação. Com efeito, penso que há de considerar-se constitucionalmente garantido — ao menos por decurso do princípio do Estado de direito democrático — o direito à reapreciação judicial das decisões judiciais que afetem direitos fundamentais, o que abrange não apenas as decisões condenatórias em matéria penal — como se reconhece no acórdão — mas também todas as decisões judiciais que afetem direitos fundamentais constitucionais, pelo menos os que integram a categoria constitucional dos «direitos, liberdades e garantias» (artigos 25º e seguintes da CRP).

É neste entendimento que continuo a sustentar o que noutro lugar subscrevi (Constituição da República Portuguesa Anotada, de que sou coautor, juntamente com J. J. Gomes Canotilho), no sentido de que «o direito de recurso para um tribunal superior tenha de ser contado entre as mais importantes garantias constitucionais», naturalmente quando se trata da «defesa de direitos fundamentais» (ob. cit., 2.ª ed., vol. 1º, p. 181, nota m) ao artigo 20º).

De resto, não é por acaso que em alguns ordenamentos constitucionais estrangeiros existem específicos recursos de defesa de direitos fundamentais («recurso de amparo», Verfassungsbeschwerde), inclusive contra decisões judiciais, recurso normalmente destinado aos tribunais constitucionais, ou com funções de jurisdição constitucional. Entre nós, não existindo tal figura (cf. ob. cit., ibid.), penso que não pode deixar de considerar-se necessária ao menos a garantia de um grau de recurso (e portanto de um «duplo grau de jurisdição») como componente inerente ao regime constitucional das garantias dos direitos fundamentais constitucionais (itálico nosso).

Recorde-se, de resto, que uma tal ideia de reapreciação jurisdicional das decisões (inclusive as judiciais) que afetem direitos fundamentais encontra eco mesmo no plano de direito internacional, no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, através da queixa dos particulares à Comissão Europeia dos Direitos do Homem, com eventual submissão de tal queixa ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.».

Secundando essa linha de abordagem, defende-se, por seu lado, na *declaração de voto subscrita pelo Conselheiro António Vitorino*, constante do segundo dos mencionados acórdãos:

«(...) A temática da tutela judicial efetiva dos direitos fundamentais (do «direito à jurisdição como direito fundamental», na expressão

de Angela Figueruelo Burrieza, «El derecho a la tutela judicial efetiva», ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 49), em especial dos direitos, liberdades e garantias, constitui, de facto, matéria da maior relevância no âmbito das garantias constitucionais das posições jurídicas subjetivas dos particulares. A Constituição Portuguesa expressa, a diversos títulos, tal preocupação. E se do seu texto não ressalta, expressamente, um preceito que funde diretamente um genérico princípio de duplo grau de jurisdição, tal não obsta a que o intérprete da Lei Fundamental e o próprio julgador da constitucionalidade dos atos normativos, maxime em sede de fiscalização concreta, formulem um entendimento (deduzido quer do princípio do Estado de direito democrático, quer da forma ampla com que o artigo 20.º da CRP consagra o direito de acesso ao direito e aos tribunais) que assegure plenamente tal tutela judicial efetiva para garantia dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

É que a aplicação do direito em sede judicial não se pode quedar pelo limiar de um fair process, mas deve também almejar ser um verdadeiro due process, a que não pode ser indiferente a determinação, no plano das realidades concretas, das condições de efetivação da tutela jurisdicional dos direitos, liberdades e garantias. Como afirma Jesús González Pérez («El derecho a la tutela jurisdiccional», Cuadernos Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1989, p. 38) «se todo o direito fundamental goza desta tutela judicial reforçada, é óbvio que tal tutela nunca será tão justificada como quando se trata do direito à tutela judicial, cuja violação resultará, por via de regra, dos órgãos jurisdicionais».

Sem uma tal meta interpretativa não se poderá deixar de concluir que, no plano das garantias jurisdicionais, a tutela dos direitos, liberdades e garantias ficaria bem aquém do especial estatuto que o artigo 18.º da Constituição expressamente lhes confere em termos de força jurídica. (...).

Retoma-se, assim, a tese sustentada em tais declarações de voto — e aflorada ulteriormente, por exemplo, nos acs. 40/08 e 197/09 em que se admitia que — para além dos casos em que este Tribunal tem tradicionalmente afirmado a imposição constitucional de um direito ao recurso jurisdiccional (ou direito a um duplo grau de jurisdição), a saber: as decisões condenatórias em processo penal ou que impliquem a adopção de medidas restritivas da liberdade ou de outros direitos fundamentais do arguido — seria sustentável que, sendo constitucionalmente assegurado o acesso aos tribunais contra quaisquer actos lesivos dos direitos dos cidadãos (maxime dos direitos, liberdades e garantias), sejam esses actos provenientes de particulares ou de órgãos do Estado, se garantisse o direito à impugnação judicial de actos dos tribunais (sejam eles decisões judiciais ou actuações materiais) que constituíssem a causa primeira e directa da afectação de tais direitos. Considerou-se, então, que quando uma actuação de um tribunal, por si mesma, afecta, de forma directa, um direito fundamental de um cidadão, mesmo fora da área penal,

a este deveria ser reconhecido o direito à apreciação judicial dessa situação, mas que quando a afectação do direito fundamental do cidadão tivesse tido origem numa actuação da Administração ou de particulares e esta actuação já tivesse sido objecto de controlo jurisdicional, não era sempre constitucionalmente imposta uma reapreciação judicial dessa decisão.

Importará, deste modo, permanecer atento à recente evolução jurisprudencial neste domínio, de modo a verificar se se consolidará, porventura, esta visão *mais alargada* sobre o âmbito constitucional do *direito ao recurso* em processos que versem sobre litígios situados fora do âmbito do direito sancionatório público.

3. OS PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA PROIBIÇÃO DA INDEFESA, A GARANTIA DO PROCESSO EQUITATIVO E O DIREITO AO PATROCÍNIO JUDICIÁRIO

3.1. Como é sabido, o direito de acesso aos tribunais não se esgota na **garantia da via judiciária**, consubstanciada na outorga ao interessado legítimo dos meios ou instrumentos processuais adequados para fazer valer em juízo, perante um verdadeiro órgão jurisdicional, o seu direito ou interesse juridicamente tutelado — implicando ainda que ***o processo por ele iniciado se desenvolva com respeito por determinados princípios fundamentais, desde logo, as regras do contraditório e da proibição da indefesa e com submissão às exigências de um processo equitativo.***

O exercício efectivo do *direito de defesa* pelo demandado (que traduz afinal, o acesso à justiça por parte do R.) implica o cumprimento de exigências mínimas na tramitação do processo, envolvendo:

- a **prévia citação do demandado**, facultando-lhe o direito de defesa ou oposição antes de ser proferida decisão que o afecte, sem prejuízo de situações, materialmente justificadas, nomeadamente em sede de procedimentos cautelares e de certas acções executivas, em que fundadas exigências de celeridade e efectividade na realização dos direitos podem diferir o cumprimento do contraditório (cfr. *acs. 162/00 e 598/99*);
- a possibilidade de um **conhecimento seguro e efectivo** pelo réu da proposição da acção pelo A. e do conteúdo da petição, que poderá revelar-se incompatível com um regime excessivamente desformalizado, simplificado e desmesuradamente pouco garantístico das citações , nomeadamente em acções em que se controvertam relevantes interesses pessoais ou patrimoniais (cfr., por ex., os *acs. 287/03, 104/06, 632/06*);
- a existência de **meios processuais adequados**, que consintam ao demandado ou requerido o **exercício efectivo de um direito de**

defesa ou de oposição perante a pretensão do autor que respeite e se adeque minimamente à natureza e objecto da controvérsia, que poderá não se coadunar com restrições desproporcionadas a tal direito e ao âmbito dos meios de defesa invocáveis (veja-se, *por ex.*, o ac.673/05);

- a inadmissibilidade de aplicação de **sanções processuais**, máxime a condenação por litigância de má fé, sem a **prévia audição** do requerido, afectado pela respectiva imposição no processo (*cfr.* ac. 357/98);

Por sua vez, a garantia do **processo equitativo** tem-se consubstanciado, desde logo, na exigência da **funcionalidade e proporcionalidade** dos ónus, preclusões e cominações processuais que devem necessariamente:

- ser **justificados face aos fins do processo, não podendo traduzir-se em mera exigência, puramente formal, arbitrariamente imposta** (*cfr.* por ex., o ac .278/98);
- não implicarem **desproporcional onerosidade ou dificuldade excessiva de cumprimento** para a parte por eles onerada (*cfr.* por ex., o ac.277/07);
- não traduzirem **manifesta desproporção** entre a gravidade da falta cometida pela parte e as gravosas e irremediáveis consequências processuais, acentuadas por não se facultar qualquer suprimento ou correcção da deficiente actuação processual — o que implica a análise do problema da extensão e âmbito da obrigatória formulação de um **convite ao aperfeiçoamento** da peça processual deficiente, decorrente do **princípio da cooperação** intersubjectiva, nos aspectos que não se connexionem com a sua substância ou com a definição da estratégia processual da parte e não decorram de uma negligência grosseira e indesculpável da parte (por exemplo em sede de formulação de conclusões da alegação prolixas, da ausência de conclusões, do incumprimento dos ónus impostos a quem pretende impugnar a matéria de facto *cfr.* por exemplo, os *acs.*275/99 , 259/02, 179/07, 556/08 e 536/11) .

3.2. No recente acórdão 193/2016, enfatizou o TC a relevância do **patrocínio judiciário**, ao menos no âmbito de determinados processos que, apesar de qualificados como de *jurisdição voluntária*, são idóneos para afectarem *direitos familiares fundamentais* entre pais e filhos, nos termos do art. 36.º, n.º6, da CRP — *julgando inconstitucional, por violação do direito ao contraditório, insito no artigo 20.º, n.º 4, em conjugação com o artigo 36.º, n.º 6, ambos da Constituição, a norma extraída do artigo 103.º, na sua redação originária, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, segundo a qual, em processo de promoção e protecção de crianças e jovens em que esteja em causa a aplicação de*

medida de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção prevista no respetivo artigo 35.º, n.º 1, alínea g), com a redação dada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto, não é obrigatória a constituição de advogado aos progenitores das crianças ou jovens em causa a partir da designação do dia para o debate judicial a que se refere o artigo 114.º, n.º 3, do mesmo normativo, igualmente com a redação dada pela citada Lei n.º 31/2003.

Tal decisão — que secundou a abordagem feita pelo TEDH na decisão *Soares de Melo c. Portugal* — assentou nas seguintes considerações acerca da **garantia do patrocínio judiciário, envolvendo, não apenas uma faculdade de patrocínio judiciário, mas a sua necessidade, enquanto instrumental de uma efectiva participação no processo, como meio de asseguramento das próprias regra do contraditório e do processo equitativo**:

A participação efetiva de uma parte pressupõe a sua capacidade de dialogar de “igual para igual” com as outras partes — portanto, com acesso a toda a informação relevante e com a capacidade para entender o respetivo alcance. A efetividade da participação exige que esta seja informada e devidamente habilitada à compreensão da complexidade do objeto da causa. Em especial, quando exista um grande desequilíbrio e estejam em causa no processo bens fundamentais, pode justificar-se a assistência obrigatória por advogado, como garantia de um mínimo de justiça processual e da possibilidade de uma defesa minimamente eficaz ainda antes da própria decisão. Tal encontra-se previsto, designadamente, a propósito do processo penal, remetendo a Constituição para a lei a especificação dos casos e das fases em que o arguido deve obrigatoriamente ser assistido por advogado (cfr. o artigo 32.º, n.º 3, da Constituição). Na verdade, é a própria Constituição que prevê o patrocínio forense por profissionais especialmente preparados — como é o caso dos advogados — enquanto «elemento essencial à administração da justiça» (artigo 208.º; itálico aditado).

O patrocínio judiciário consiste, justamente, «na assistência técnica prestada às partes por profissionais do foro (titulares do chamado ius postulandi), na condução do processo em geral ou na realização de certos atos em especial» (v. ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, Manual de Processo Civil, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 189). A intervenção destes patronos — pessoas que exercem profissionalmente o mandato judiciário — justifica-se pela tecnicidade do próprio processo: «faltam ao comum das partes a experiência e os conhecimentos necessários à exata valoração das razões que lhes assistem em face do direito aplicável. Só entre os profissionais do foro, com o saber, a experiência e as regras deontológicas próprias do mandato judicial, se podem encontrar os colaboradores ideais da administração da justiça que a função jurisdicional requer» (v., idem, ibidem, p. 190).

*Ou como explica MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA: num processo já iniciado, «o patrocínio judiciário visa igualmente proteger os interesses das partes, pois que dificilmente estas saberiam observar as formalidades processuais e utilizar corretamente os mecanismos judiciais. A isso acresce a importante função de aconselhamento das partes que nelas [— nas ações pendentes —] é realizada pelos mandatários judiciais» (v. Autor cit., *As Partes, o Objeto e a Prova na Ação Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 34).*

Evidentemente, a regra imposta pelo princípio do acesso ao Direito e aos tribunais é o patrocínio judiciário meramente facultativo e o correspondente direito a escolher o seu próprio advogado. A possibilidade de intervenção de mandatário judicial representa, por isso, uma vertente autónoma do direito de acesso aos tribunais (Acórdãos n.ºs 380/96 e 870/96), devendo a mesma ser assegurada a todos. Na síntese do Acórdão n.º 380/96:

«A garantia de proteção jurídica das pessoas é uma das essentialia do Estado de Direito: há-de garantir-se-lhes o conhecimento dos seus direitos, o acesso aos tribunais para defesa dos mesmos e, bem assim, o apoio judiciário necessário para tanto.

*O direito ao patrocínio judiciário, consagrado no n.º 2 do artigo 20.º da Constituição, é, assim, uma dimensão dessa garantia de proteção jurídica. Quando tenham que recorrer a juízo para defender os seus direitos ou interesses juridicamente protegidos, têm, pois, as partes o direito de se fazer assistir por profissionais do foro por si escolhidos e mandatados, que aí pratiquem, com a necessária competência e serenidade, os atos processuais devidos; que os pratiquem de molde a que haja uma boa administração da justiça. Convém isso ao interesse público da boa administração da justiça; e convém também ao interesse das partes, a quem — no dizer de MANUEL DE ANDRADE — “faltaria a serenidade desinteressada [...] e os conhecimentos e experiência [...] que se fazem mister para a boa condução do pleito” (cf. *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, 1956, página 85).*

As partes têm direito a que os seus direitos sejam bem defendidos perante os tribunais. Para isso, necessitam em regra da assistência de advogado ou de solicitador.»

O artigo 20.º, n.º 2, da Constituição dispõe que «todos têm direito, nos termos da lei, [...] ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade». E, como referido no Acórdão n.º 91/2009:

*«Estes são componentes, entre outros, de um direito geral à proteção jurídica, e inserem-se na própria noção de Estado de Direito (cfr. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, 409). [...]*

Saliente-se, porém, que desse direito não decorre um dever de as partes constituírem mandatário forense em todo e qualquer processo judicial (cfr. o [...] Acórdão n.º 245/97 e o Acórdão n.º 262/2002).»

Mas, por outro lado, a imposição de recurso à assistência de advogados, devidamente inscritos na respetiva Ordem, para efeitos de patrocínio judiciário, pelo menos para certo tipo de processos — e que também é constitucionalmente admissível —, assenta «em ponderosas razões de ordem substancial, visando não só a salvaguarda de interesses de ordem pública, nomeadamente os da realização, da justiça e do direito, mas também os próprios interesses dos patrocinados» (assim, v. o Acórdão n.º 252/97; v. também os Acórdãos n.º 497/89 e 498/99, que não julgaram inconstitucionais previsões de patrocínio obrigatório). No Acórdão 245/97, os diferentes interesses em causa foram assim descritos:

«A lei considera que, tratando-se de causas de certo tipo ou de certo valor, é do interesse público e do interesse das próprias partes que estas sejam representadas em juízo por profissionais do foro: do interesse público, porque a boa administração da justiça exige que o pleito seja conduzido de modo competente, praticando as partes, em termos adequados, os atos processuais de sua responsabilidade; do interesse das próprias partes, porque a estas faltam, em regra, os conhecimentos técnicos necessários à boa condução da causa e falta, seguramente, a serenidade desinteressada que essa boa condução do litígio exige (cf. MANUEL DE ANDRADE, Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra, 1956, página 85).»

Naturalmente, não cabe ao legislador constituinte substituir-se ao legislador ordinário na determinação dos casos em que o apoio jurídico profissional de um dado sujeito processual é condição indispensável à própria justiça e eficácia do processo judicial: «a Constituição deixa ao legislador uma ampla faculdade de conformação do universo de processos em que é obrigatória a constituição de mandatário» (v. o Acórdão n.º 91/2009). Se, como evidenciado, é assim no tocante ao processo criminal, em que pode estar em causa um bem essencial como a liberdade, por maioria de razão será assim em relação às demais espécies processuais. De todo o modo, as diferentes referências constitucionais à essencialidade do papel dos advogados na administração da justiça em geral também evidenciam que não está em causa exclusivamente uma garantia de defesa específica do processo criminal. As razões que aí justificam a imposição da assistência de advogado — mormente para efetivar o princípio do contraditório na audiência de julgamento — são transversais, no sentido de que razões análogas podem ocorrer noutros domínios em que os bens em causa e a importância do contraditório não sejam menos relevantes.

Manifestamente, é esse o caso da decisão judicial que tem por objeto verificar se, em face do incumprimento dos deveres fundamentais corres-

pondentes ao exercício das responsabilidades parentais, os filhos devem ser separados dos seus progenitores (cfr. o artigo 36.º, n.º 6, da Constituição). Com efeito, atenta a importância dos direitos fundamentais em causa e, bem assim, o interesse público na proteção e salvaguarda das crianças em perigo, vai postulado na exigência constitucional de que tal separação seja decretada por decisão judicial que o processo que a antecede não deixe espaço a qualquer dúvida quanto à sua justiça intrínseca, em especial no que se refere às amplas possibilidades de defesa dos pais e a uma efetiva possibilidade de exercício do contraditório da sua parte. Tal exige, seguramente, que os mesmos pais (assim como as crianças, ainda que por representação) se encontrem devidamente assistidos. Se assim não fosse, poderia subsistir sempre a dúvida sobre se afinal a menor eficácia da respetiva defesa se não ficara a dever a uma menor compreensão da gravidade do que estava em causa e, conseqüentemente, a um contraditório mais formal e aparente do que substancial.

Em suma, estando em causa a limitação significativa por via de decisão judicial de um bem fundamental tutelado enquanto direito, liberdade e garantia como o direito à convivência entre pais e filhos consagrado no artigo 36.º, n.º 6, da Constituição, o princípio da participação efetiva no desenvolvimento do litígio ou do processo não se basta com a mera presença dos interessados e a sua participação pessoal; tal princípio reclama, cumulativamente, que os mesmos sejam devidamente assistidos antes da decisão por quem esteja em condições de “descodificar” o que se passa e esclarecer cabalmente quais as consequências processuais dos diferentes impulsos ou omissões e, bem assim, sobre as opções que se vão abrindo ou fechando. De outro modo, não se mostra assegurado, na medida exigida por um processo justo, o direito ao contraditório, ínsito na garantia do processo equitativo prevista no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição.

Ou seja: segundo este entendimento da jurisprudência constitucional, neste tipo de situações, em que manifestamente estão em causa *direitos fundamentais de natureza familiar*, o princípio da efectiva participação no desenvolvimento do processo, enquanto corolário da regra do contraditório, *exige a assistência do interessado, isto é do titular da posição jurídica subjetiva fundamental ameaçada, por advogado. Com efeito, no processo judicial de promoção e proteção regulado pela LPCJP em que esteja em causa aplicar a medida de promoção e proteção de confiança da criança ou jovem a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção prevista no respetivo artigo 35.º, n.º 1, alínea g), a fase em que mais é necessário tal apoio é, pela sua centralidade e importância, aquela que corresponde ao debate judicial previsto no artigo 114.º e regulado nos artigos 115.º a 119.º da mesma lei. É aí que todas as provas e todas as razões têm de ser produzidas, avaliadas e discutidas. E, por isso mesmo, o contraditório, entendido como garantia da mencionada participação efetiva no desenvolvimento do processo, exige que, logo na preparação de um debate judicial em que se equacione a aplicação da medida prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 35.º da LPCJP, e*

mesmo após o seu termo, na avaliação do mesmo e na apreciação crítica da decisão judicial que se lhe sucede, os progenitores se encontrem assistidos por advogados.

De salientar que — como dá nota o referido aresto — foi nesse sentido que se orientou o legislador ordinário *na Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro, ao estabelecer, por via da nova redação dada ao artigo 103.º, n.º 2, da LPCJP, que «no debate judicial é obrigatória a constituição de advogado ou a nomeação de patrono aos pais quando esteja em causa a aplicação da medida prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 35.º»*. Este diploma teve a sua origem *na Proposta de Lei n.º 339/XII (disponível em <https://www.parlamento.pt/>), cuja exposição de motivos indica estar em causa, além do mais, «o reforço de garantias dos intervenientes processuais, há muito reclamado, inclusivamente pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. [...C]onsagra-se a previsão obrigatória de constituição de advogado ou nomeação de patrono aos pais da criança no debate judicial, sempre que esteja em causa a aplicação de medida de confiança com vista a futura adoção, conferindo-se, paralelamente, efeito suspensivo ao recurso da decisão que aplicou tal medida, com evidentes ganhos, designadamente, de segurança jurídica e estabilização do projeto de vida da criança beneficiária da intervenção.*