

Curso de Resolução Alternativa de Litígios

2019 • 3ª Edição • Reimpressão

Mariana França Gouveia

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa


ALMEDINA

CURSO DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS

3.ª Edição

AUTORA

Mariana França Gouveia

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, n.º 76, 78 e 79

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almедina.net · editora@almедina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

DPS - DIGITAL PRINTING SERVICES, LDA

Abril, 2019

DEPÓSITO LEGAL

372653/14

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.



GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

GOUVEIA, Mariana França, 1974-

Curso de Resolução Alternativa de Litígios - 3.ª ed.

(Manuais universitários)

ISBN 978-972-40-5570-1

CDU 347

À Carmo, também porque nasceu depois do último

À minha mãe, a melhor

V

Arbitragem

5.1. Noção e natureza jurídica

A arbitragem pode ser definida como um modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros. A arbitragem é, assim, um meio de resolução alternativa de litígios adjudicatório, na medida em que o litígio é decidido por um ou vários terceiros. E essa decisão é vinculativa para as partes. A arbitragem aproxima-se do padrão judicial tradicional, sendo jurisdicional nos seus efeitos: não só a convenção arbitral gera um direito potestativo de constituição do tribunal arbitral e a consequente falta de jurisdição dos tribunais comuns, como também a decisão arbitral faz caso julgado e tem força executiva.

A origem privada da arbitragem aliada à sua natureza jurisdicional tem colocado dificuldades quanto à sua caracterização jurídica.

A propósito da natureza jurídica da arbitragem debatem-se teses contratuais, jurisdicionais e mistas.¹ Para a teoria contratual, na sua formulação mais radical, a decisão arbitral é um contrato celebrado pelos árbitros como mandatários das partes. Para esta tese, só a homologação judicial permite que a decisão arbitral seja uma verdadeira sentença. Já a tese juris-

¹ Recentemente foi defendida uma quarta tese, dita autonomista, que coloca a arbitragem fora do âmbito contratual ou jurisdicional, situando-a num outro nível, processual. Ver Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 45.

dicional entende que as decisões arbitrais são atos jurisdicionais, sendo os árbitros juízes e não mandatários das partes. Por último, a conceção mista defende que a arbitragem voluntária está a meio caminho entre o julgamento da autoridade judicial e o contrato livremente consentido pelas partes – o árbitro julga, mas não exerce as funções públicas de um juiz.²

A doutrina atual tem adotado esta última tese, na medida em que falamos de algo que tem, sem qualquer dúvida, um fundamento contratual (a convenção de arbitragem), mas constitui uma atividade jurisdicional e conduz a uma decisão com eficácia jurisdicional.³

Prova deste caráter misto é a eficácia executiva da decisão arbitral (elemento público), por um lado, e a limitação da competência do tribunal arbitral, por outro, à convenção de arbitragem (elemento privado). Marca, ainda, desta qualidade jurisdicional são as garantias que a Lei da Arbitragem Voluntária estabelece para o processo arbitral – um processo arbitral só será reconhecido com todos os seus efeitos se cumprir as regras mínimas do processo justo.

Como se vem tornando habitual dizer, a arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função. A qualidade contratual advém da fonte dos poderes jurisdicionais, o carácter jurisdicional resulta do conteúdo dos poderes atribuídos pelo contrato.⁴

Esta caracterização é muito importante, na medida em que tem diversas consequências no regime da arbitragem e na integração das lacunas da Lei da Arbitragem Voluntária. Tem relevância, por exemplo, na exata configuração do estatuto dos árbitros, aspeto a que se voltará mais à frente.

A arbitragem voluntária é regida pela Lei n.º 63/2011, de 11 de dezembro, diploma que substituiu a Lei 31/86, de 29 de agosto⁵.

Há já bastante tempo que a comunidade arbitral portuguesa pedia a reforma ou até a substituição da LAV de 1986, considerada lacunosa e insuficiente no reconhecimento da autonomia plena da arbitragem e, por

outro lado, rebelde à globalização decorrente da crescente adoção pela maioria dos países da Lei-Modelo da UNCITRAL.⁶

A Assembleia-Geral das Nações Unidas recomendou a todos os Estados-Membros que tivessem em conta a Lei-Modelo da UNCITRAL⁷, adotada em 1985, na aprovação ou alteração das suas legislações nacionais sobre arbitragem internacional. A atual LAV seguiu este modelo, considerado essencial para a credibilidade e o desenvolvimento da arbitragem internacional em Portugal.

Uma alteração da legislação nacional neste âmbito podia ter seguido dois caminhos: uma mera alteração da atual Lei ou a aprovação de uma nova. Esta última solução era sem dúvida a melhor e foi a seguida. Uma nova lei de arbitragem, inspirada na Lei-Modelo e com a preocupação de consagrar soluções modernas e até audazes justifica-se plenamente face à presente confiança na arbitragem como meio sério e credível de resolução alternativa de litígios.

A lei teve origem num projeto da Associação Portuguesa de Arbitragem apresentado em 2009 e modificado em 2010 e em 2011.⁸ O projeto teve como relator António Sampaio Caramelo⁹, que seguiu como linha essencial a adoção da Lei-Modelo da UNCITRAL.

Em janeiro de 2011, o Governo aprovou um projeto de nova Lei de Arbitragem Voluntária, baseada no texto do projeto APA, mas introduzindo-lhe consideráveis alterações. Dignas de nota eram as alterações relativas aos procedimentos cautelares e ao processo arbitral. As alterações afastaram o projeto da Lei Modelo, o que foi fortemente criticado pela Associação Portuguesa de Arbitragem. A demissão do Governo e a subsequente dissolução da Assembleia da República em março/abril de 2011 implicaram a caducidade deste projeto, que chegou a ser aprovado na generalidade pelo Parlamento.¹⁰

² Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 183-186; Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 42-45.

³ José Lebre de Freitas, *Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem*, 2002, p. 626; José Manuel Sérvulo Correia, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, 1995, p. 231; Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 187; Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 45.

⁴ Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 82.

⁵ Que apenas havia sido modificada uma vez, pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de março.

⁶ Ribeiro Mendes, *A nova Lei de Arbitragem Voluntária: Evolução ou Continuidade?*, 2012, p. 7 e seguintes; Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 67.

⁷ Disponível em www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

⁸ Disponível em <http://arbitragem.pt/projectos/index.php>.

⁹ Sampaio Caramelo, *A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária*, 2009, p. 8; Ribeiro Mendes, *A nova Lei de Arbitragem Voluntária: Evolução ou Continuidade?*, 2012, p. 7 e seguintes.

¹⁰ Ribeiro Mendes, *A nova Lei de Arbitragem Voluntária: Evolução ou Continuidade?*, 2012, p. 10.

O novo Governo apresentou novamente o projeto da APA, mas agora apenas com mínimas alterações. O projeto foi assim aprovado pela Assembleia da República em novembro de 2011, vindo a ser a Lei 63/2011, de 14 de dezembro.

A LAV entrou em vigor em 14 de março de 2012, aplicando-se apenas aos processos arbitrais que se iniciem após esta data (art. 2.º Lei de aprovação). As partes podem acordar na aplicação da nova lei, mas na falta deste acordo será a LAV 86 a aplicável. Esta regra de aplicação no tempo abrange ainda os processos judiciais que digam respeito às arbitragens instauradas antes de 14 de março de 2012. Assim, uma ação de anulação de sentença arbitral proferida ao abrigo da LAV 86 terá, naturalmente, de seguir o regime da anulação da LAV 86 – quer em termos materiais (fundamentos da anulação), quer em termos processuais (prazo, competência, regras processuais aplicáveis).

Ainda quanto ao direito transitório, o artigo 2.º Lei de aprovação da LAV estipula que o direito ao recurso (que é revogado como regra supletiva pela nova LAV) continua a existir para as convenções de arbitragem celebradas antes da entrada em vigor da LAV 2011. Por outras palavras, para as convenções arbitrais celebradas antes de 14 de março de 2012, continua a ser possível recorrer da decisão arbitral, caso as partes não tenham, naturalmente, renunciado.

Dado o caráter ainda recente da lei, continuarei a fazer referências à lei anterior, a LAV de 1986. Muitos dos problemas que esta não resolvia ou dúvidas que ele colocava, encontram agora solução. Por essa razão, a exata compreensão da lei nova beneficia da discussão que, sobre os temas, se fazia na vigência da lei anterior.

Para além da Lei-Modelo da UNCITRAL já referida, há ainda outros documentos internacionais de relevo: é de enorme importância a Convenção de Nova Iorque relativa ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Também influentes na procura de soluções são dois documentos da International Bar Association, um relativo ao estatuto do árbitro e um segundo relativo à prova¹¹. Ao nível das regras processuais são, ainda, marcantes alguns regulamentos dos centros de arbitragem

¹¹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration e IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, versão de 2010, ambos disponíveis em http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

institucionalizada mais influentes. Entre nós, destaque para o Regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio de Indústria Portuguesa, que entrou em vigor em março de 2014¹²; a nível internacional, salientem-se os Regulamentos da Câmara de Comércio Internacional (CCI)¹³, do London Court of International Arbitration (LCIA)¹⁴ e da American Arbitration Association (AAA).¹⁵ O Regulamento CCI foi também recentemente revisto, tendo a nova versão entrado em vigor no dia 1 de janeiro de 2012.

Serão frequentes as referências a documentos e regras elaborados para a arbitragem internacional. No entanto, este manual, dado o seu caráter introdutório, limitar-se-á à arbitragem doméstica. Esta restrição tem como consequência a exclusão da problemática da definição de arbitragem internacional, da lei aplicável à arbitragem, do direito material a aplicar ao caso, assim como de um estudo específico da Convenção de Nova Iorque ou do sistema nacional de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras (artigos 49.º a 58.º LAV).¹⁶

5.2. Espécies

A arbitragem pode ser institucionalizada ou *ad hoc*. A primeira realiza-se numa instituição arbitral (centro, câmara) com caráter 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.

O caráter efémero do tribunal arbitral *ad hoc* pode trazer dificuldades, designadamente no tratamento da matéria das consequências da anulação da decisão arbitral e também em certos aspetos do princípio da competência da competência. A elas voltaremos mais tarde.

¹² Disponível em www.centrodearbitragem.pt.

¹³ Regulamento disponível em <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4199/index.html>. Ver, em geral, Alexandre Soveral Martins, *Notas sobre o Procedimento de Arbitragem segundo o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI)*, 2010, p. 567 e seguintes.

¹⁴ Regulamento disponível em http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration.aspx.

¹⁵ Regulamentos disponíveis em <http://www.adr.org/sp.asp?id=28780>.

¹⁶ Para uma análise detalhada destes problemas, cfr., por todos, Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005; na doutrina internacional, Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004; Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 2012.

A arbitragem institucionalizada em Portugal foi regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de setembro¹⁷, que determina, em síntese, a necessidade de reconhecimento pelo Ministério da Justiça dos centros de arbitragem institucionalizada. Este tipo de diploma não é usual a nível internacional, podendo colocar-se dúvidas quanto à sua necessidade. Repare-se que a arbitragem *ad hoc* é controlada apenas pelos tribunais posteriormente à prolação da sentença, isto é, o controlo é feito casuisticamente. Fará sentido controlar de forma mais intensa a arbitragem institucionalizada?

A LAV estabelece a necessidade de autorização governamental para o funcionamento nestes centros, no seu artigo 62.º, mas com a nota da restrição aos centros constituídos no nosso país. A precisão deve-se, no comentário da APA à então sua proposta de LAV, a *dissipar completamente as dúvidas que, durante algum tempo, se suscitaram sobre a possibilidade de reputados centros estrangeiros ou internacionais de arbitragem institucionalizada (que obviamente não dispunham daquela autorização ministerial) administrarem arbitragens localizadas em Portugal*.¹⁸

Há diversos centros de arbitragem institucionalizada a funcionar em Portugal, com uma expressão clara na área do direito do consumo. Existem atualmente cerca de uma dezena de centros de arbitragem de consumo, a maioria de carácter territorial (Lisboa, Algarve, Coimbra, entre outros locais) e um de âmbito nacional (o CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo) que funciona junto da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa). A referir ainda dois centros de competência especializada (ambos no setor automóvel). Ainda ligados à iniciativa pública, há que referir o Arbitrare, centro de arbitragem relativo à propriedade industrial, e o CAAD, centro de arbitragem administrativa e tributária.¹⁹

Para além destes, há ainda outros mais ligados à arbitragem comercial, sendo de destacar o Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa e o Instituto de Arbitragem Comercial da Associação Comercial do Porto.

¹⁷ Que a atual LAV, no seu artigo 62.º, mantém em vigor.

¹⁸ AA. VV., *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, 2013, p. 115 (Pedro Metello de Nápoles).

¹⁹ O Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, alargou a competência do centro à arbitragem tributária.

A nível internacional, e como se referiu, são centros de referência na arbitragem comercial internacional a Câmara de Comércio Internacional (CCI) sediada em Paris, o London Court of International Arbitration, sediada em Londres e o American Arbitration Association, sediada em Nova Iorque. Qualquer uma destas instituições administra arbitragens com sede em qualquer parte do mundo. A sede da arbitragem pode ser num local diferente da sede da instituição que o administra.

É importante referir que na arbitragem institucionalizada há dois modelos. O mais antigo e típico na arbitragem comercial é o do centro funcionar apenas como órgão administrativo, constituindo-se tribunais arbitrais para cada litígio. É este o sistema da Câmara de Comércio Internacional e do London Court of International Arbitration, que inspira os centros de arbitragem da Câmara de Comércio de Indústria Portuguesa e da Associação Comercial do Porto. Os árbitros são nomeados para cada litígio, pelo que há a constituição de um tribunal *ad hoc* para cada processo. O centro de arbitragem tem, por regra, funções muito importantes de secretaria e de decisão antes da constituição do tribunal arbitral e em caso de recusa de árbitros, mas não tem qualquer interferência na decisão do caso. A competência é sempre do tribunal arbitral – alguma decisão que seja tomada pelo centro antes da sua constituição é meramente provisória, podendo ser alterada pelo tribunal.

No segundo modelo, utilizado nos centros de arbitragem de consumo nacionais, há só um árbitro, que julga todos os processos entrados no centro. O centro de arbitragem funciona assim como um verdadeiro tribunal instituído, com a sua secretaria e o seu juiz. É um sistema menos flexível, mas adequado a conflitos de baixo valor e de pouca complexidade.²⁰

5.3. Convenção arbitral

5.3.1. Noção e natureza jurídica

A convenção arbitral é o acordo das partes em submeter a arbitragem um litígio atual ou eventual. Tem natureza contratual, na medida em que é um negócio jurídico bilateral.²¹

²⁰ No CNIACC o modelo é um pouco diferente: o árbitro único é designado pelo Coordenador do Centro no âmbito de uma lista que compreende professores, doutores e doutorandos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

²¹ Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 83; Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 188; Raul Ventura, *Convenção de Arbitragem*, 1986, p. 303.

É a convenção arbitral que determina a jurisdição do tribunal arbitral, isto é, o tribunal arbitral só tem competência quando o litígio que lhe é submetido está integrado na convenção de arbitragem. Por esta razão, o estudo da convenção arbitral tem na arbitragem um lugar central. É uma espécie de foco de luz que ilumina a área de competência. O que estiver na escuridão, mesmo que relacionado com o litígio inserido na convenção, não pode ser decidido pelo tribunal arbitral. Se houver decisão sobre matéria não incluída na convenção, essa decisão é anulável, por ser proferida por tribunal incompetente (artigo 46.º n.º 3 a) iii) LAV).

Este aspeto será por diversas vezes referido, até porque levanta alguns problemas de difícil resolução. Mas é importante que fique, desde já, bem esclarecido. Porque é contratual a fonte dos poderes do tribunal arbitral, este só tem competência se e onde houver contrato. Assim, para que o tribunal arbitral seja competente, é necessário que o litígio em causa esteja contemplado na convenção arbitral.

5.3.2. Modalidades, em especial a adesão unilateral prévia

A convenção arbitral pode revestir duas modalidades: cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Nos termos do artigo 1.º n.º 3 da LAV, é compromisso arbitral a convenção que tenha por objeto um litígio atual e é cláusula compromissória a que tem por objeto conflitos eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual. O que distingue uma e outra modalidade é, portanto, a existência ou não da disputa. Se se tratar de litígio existente, falamos de compromisso arbitral; se se tratar de conflito eventual, falamos de cláusula compromissória. Nesta última situação é necessário precisar a concreta relação jurídica da qual a controvérsia poderá emergir.

A convenção arbitral pode ser celebrada na pendência de ação judicial, implicando, nos termos do artigo 280.º CPC, extinção da ação. Neste caso será um compromisso arbitral e o juiz terá de verificar se o compromisso é válido em atenção ao seu objeto e à qualidade das pessoas.

O mais frequente, no entanto, é a inserção deste tipo de cláusulas em contratos. Podem ter as mais diversas formulações, prever quase nada ou quase tudo, remeter para arbitragem institucionalizada ou fixar critérios de constituição do tribunal arbitral. Dentro das regras imperativas de direito privado (que nesta área não são muitas), as partes poderão livremente convencionar o que entenderem.

Uma declaração negocial próxima desta é a declaração unilateral de adesão prévia. Tal declaração existe no nosso ordenamento jurídico em alguns centros de arbitragem de consumo e significa uma adesão das empresas ao centro para a resolução de litígios futuros com consumidores. Não se trata de cláusula compromissória porque não há contra-parte: a vinculação da empresa faz-se perante todos, é uma declaração dirigida a um público não identificado. No entender de Dário Moura Vicente, serão quanto muito meras promessas de celebração de convenção arbitral.²²

Esta é, por diversas razões, a melhor qualificação. Em primeiro lugar, esta promessa, sendo unilateral, necessitaria sempre da aceitação da parte contrária, pelo que nunca poderia ter o efeito potestativo normal da convenção de arbitragem. Em segundo lugar e mais importante, a derrogação do direito de ação – que a celebração da convenção arbitral implica – só pode verificar-se nos casos em que a lei o permite. Ora, a LAV apenas estabelece como convenção arbitral a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, não preenchendo os requisitos de nenhuma delas a adesão prévia com caráter genérico. Assim, a declaração unilateral genérica deve ser considerada uma mera promessa de celebração da convenção arbitral.²³ Se, neste caso preciso, a parte que aderiu previamente não aceder à celebração da convenção prometida, os efeitos serão puramente obrigacionais.

É uma diferença importante porque o efeito da celebração da convenção arbitral é essencialmente processual: a celebração de uma convenção arbitral implica a falta de jurisdição dos tribunais estaduais sobre o caso. Se for proposta em tribunal estadual uma ação que tenha como objeto um litígio sobre o qual incida uma convenção arbitral, verifica-se a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral. Exceção que implica a absolvição do réu da instância e consequente extinção da mesma.²⁴ Daí que se caracterize a convenção de arbitragem como um negócio jurídico processual.²⁵

²² Dário Moura Vicente, *A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem*, 2002, p. 998.

²³ Como era a cláusula compromissória quando a matéria era regulada pelo Código de Processo Civil, anterior portanto à já revogada LAV de 1986. Inocêncio Galvão Teles, *Cláusula Compromissória (Oposição ao Respetivo Pedido de Efectivação)*, 1957, p. 214.

²⁴ A exceção deixou de ser nominada, ou seja, deixou de constar da enumeração das exceções do artigo 577.º CPC, passando a estar prevista como incompetência absoluta no artigo 96.º b) CPC.

²⁵ José Lebre de Freitas, *Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem*, 2002, p. 627.

Ora, tal exceção não pode ter lugar quando exista meramente adesão unilateral prévia, na medida em que esta não é uma das modalidades que a lei reconhece como produzindo esse efeito.

5.3.3. Requisitos de validade

a. A competência do tribunal arbitral pressupõe uma convenção de arbitragem válida e eficaz. Se a convenção for nula, anulável ou ineficaz há incompetência do tribunal, o que se traduz num fundamento de anulação da decisão arbitral.

À validade da convenção de arbitragem são aplicáveis as regras relativas aos negócios jurídicos, em especial aos contratos. Apenas o que está previsto especificamente na LAV ou em legislação específica afasta a aplicação daqueles preceitos gerais.

A validade da convenção arbitral deve ser analisada de acordo com os seguintes parâmetros: acordo das partes, arbitrabilidade, forma e conteúdo e, por fim, autonomia. Pela sua especial relevância, tratarei a arbitrabilidade em ponto autónomo.

b. Quanto ao acordo das partes, o único problema a analisar relaciona-se com duas normas do regime das cláusulas contratuais gerais. No diploma legislativo que as regula – Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro – encontram-se duas proibições cuja interpretação não está isenta de dúvidas.

Em primeiro lugar, o artigo 21.º h) LCCG estatui que: “São em absoluto proibidas as cláusulas contratuais gerais que (...) prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei.”

A doutrina hesita um pouco na interpretação a fazer desta norma. Será que a remissão para a lei é para a LAV? É que se assim fosse, nada de novo estaria aí previsto – não pode haver arbitragens em Portugal que não respeitem as garantias processuais da LAV, pois as respetivas decisões seriam anuláveis.

De acordo com Dário Moura Vicente, o legislador não pretendeu proibir a celebração de convenções arbitrais nas relações com consumidores finais, mas tão só garantir que não haja uma exclusão da jurisdição estadual, ou seja, o que a lei pretende, no entender do autor, é criar uma competência concorrente com a dos tribunais judiciais.²⁶

²⁶ Dário Moura Vicente, *A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem*, 2002, p. 998. No mesmo sentido Maria José Capelo, *A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo*, 1999, p. 115.

Posição contrária assumiu, porém, o Supremo Tribunal de Justiça no Caso PT.²⁷ Entendeu o Tribunal que a convenção, ao respeitar a nossa Lei de Arbitragem Voluntária, preenchia os requisitos necessários da lei, sendo portanto válida.

Parece claro que a solução da competência concorrente pressupõe alguma desconfiança face à arbitragem enquanto processo extra-judicial de resolução de conflitos. Terá sido essa realmente a ideia do legislador. Mas não serão suficientes as garantias que a LAV oferece quanto a igualdade e contraditório? Se a questão é de erro do consumidor, de falta de informação ou de incompreensão em relação ao que é a arbitragem o problema é de consentimento, de vontade. Em relação a esses eventuais vícios são aplicáveis as regras gerais da formação do contrato.²⁸ O problema que nos ocupa – de interpretação do artigo 21.º h) LCCG – é outro: o dos limites da utilização da arbitragem em conflitos com consumidores.

Alguns ordenamentos jurídicos têm, realmente, procurado ser de alguma forma cautelosos com a arbitragem em litígios de consumo. A lei moçambicana determina que as cláusulas compromissórias constantes dos contratos de adesão apenas são eficazes para os aderentes se estes iniciarem a arbitragem ou expressamente concordarem com a sua realização.²⁹ No mesmo sentido, a lei brasileira faz depender a eficácia da convenção inserta em contratos de adesão de a iniciativa de propor ação partir do aderente ou da sua concordância expressa por escrito em documento anexo ou em negrito.³⁰

A arbitrabilidade dos litígios de consumo não tem sido fonte de problemas em Portugal, até porque proliferam os centros de arbitragem com esta competência. Mas aí, na maioria dos casos, o que tem atribuído competência ao tribunal é a adesão unilateral prévia e a iniciativa do consumidor. O que significa que a existência e sucesso destes centros não tem passado por cláusulas compromissórias celebradas com consumidores.

Por outro lado, tem sido reconhecida a possibilidade de convenção de arbitragem não exclusiva, mesmo em litígios civis ou comerciais.

²⁷ Ac. STJ de 4 de outubro de 2005, Proc. n.º 05A2222.

²⁸ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 224.

²⁹ Artigo 10.º n.º 5 da Lei 11/99, de 8 de julho.

³⁰ Artigo 4.º 2.º Lei 9.307/96 – Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, 2006, p. 107, chama-lhe cláusula arbitral de eficácia relativa.

Raul Ventura considerou-a lícita face à anterior lei. Entende o Autor que *“é concebível que, até certo momento, seja permitido ao interessado escolher entre a jurisdição arbitral e a estadual, ou, por outras palavras, que as duas jurisdições sejam concorrentes, sujeitas a uma escolha das partes.”*³¹

Este entendimento foi corroborado pela jurisprudência em mais do que uma decisão, podendo salientar-se os Acórdão da Relação do Porto de 31 de janeiro de 2011³² e da Relação de Lisboa de 28 de outubro de 2010.³³ Repare-se que estas decisões não dizem respeito a litígios com consumidores, mas a litígios comerciais em que a cláusula compromissória era redigida em termos alternativos. Essa forma de redação não levou as Relações do Porto e de Lisboa a considerá-las inválidas, mas antes a reconhecerem a alternatividade das jurisdições – qualquer uma das partes poderia escolher a qual recorrer.

Face a estas considerações, penso que o mais adequado ao espírito da lei das cláusulas contratuais gerais – embora não à sua letra – é admitir que a convenção de arbitragem em cláusulas contratuais gerais com consumidores não é exclusiva para o consumidor, ou seja, este poderá optar entre propor ação no tribunal estadual ou no tribunal arbitral. Assim se dá algum sentido útil à lei e, mais importante, se confere uma maior proteção ao consumidor na medida em que se alarga o seu sistema de tutela.

A outra norma do diploma das cláusulas contratuais gerais cuja aplicação à arbitragem é discutível é o artigo 19.º g) LCCG, que tem o seguinte texto: *“São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente as cláusulas contratuais gerais que (...) estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem.”*

A primeira dificuldade está em saber se esta norma é aplicável à arbitragem. Lima Pinheiro e Raul Ventura entendem que sim, fazendo uma interpretação extensiva do que se deva entender por foro competente. Ambos concordam ainda que só muito excepcionalmente o foro arbitral será gravemente inconveniente para uma das partes.³⁴

³¹ Raul Ventura, *Convenção de Arbitragem*, 1986, p. 380.

³² CJ 2011, I, 191.

³³ Proc. n.º 357/10.5YRLSB-8.

³⁴ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 92; Raul Ventura, *Convenção de Arbitragem*, 1986, p. 44.

Esta norma foi aplicada na jurisprudência pelo Acórdão da Relação de Lisboa de 2 de novembro de 2010³⁵, onde se discutiu a validade de uma cláusula compromissória inserta num contrato de concessão comercial celebrado através de cláusulas contratuais gerais propostas pelo concedente.

O Tribunal relaciona este requisito, os graves inconvenientes, com o quadro negocial padronizado, nos seguintes termos *“não é possível concluir que no contrato de concessão (...) ainda que no âmbito de marcas de automóveis, ocorra uma posição de domínio da concedente em contraposição com a debilidade (económica, comercial e jurídica) do concessionário de forma a poder afirmar-se que a escolha de um foro arbitral envolve graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem.”*

O requisito é, assim, tomado em abstrato – não interessa a concreta situação deste contrato de concessão comercial, mas em geral se existe um desequilíbrio entre cedente e cessionário neste tipo contratual. Entendendo que tal não existe, o Tribunal não considera a convenção arbitral uma cláusula abusiva.

O Tribunal da Relação segue, assim, o entendimento doutrinário: não só a norma é aplicável à arbitragem, como dificilmente terá como consequência a invalidade da cláusula compromissória.

c. Nos termos do artigo 2.º n.º 1 LAV a convenção de arbitragem deve adotar a forma escrita. Considera-se reduzida a escrito não só a convenção constante de documento assinada pelas partes, mas também a resultante de troca de cartas, telex, telegramas ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita.

Importa perceber a razão da exigência da forma escrita: repare-se que a convenção arbitral tem necessariamente forma escrita, mesmo que o contrato a que diga respeito não esteja a ela sujeito e tenha, inclusive, sido celebrado oralmente.

Julgo que as razões de forma são várias, todas elas tendo importância e sendo suficientes para justificar a regra especial. Em primeiro lugar e evidentemente, a gravidade dos efeitos da celebração de uma convenção de arbitragem. O direito potestativo de constituição do tribunal arbitral implica a renúncia ao direito de ação judicial – trata-se do efeito negativo do princípio da competência da competência. A constituição imediata de

³⁵ Proc. n.º 454/009.0TVLSB.L1-7.

um direito potestativo justifica a maior exigência de forma.³⁶ Por outro lado, alguma doutrina entende que as razões determinantes da forma residem na delimitação precisa do conteúdo da convenção arbitral, em especial do seu objeto, conferindo certeza quanto às questões submetidas à jurisdição arbitral.³⁷ É importante reter este entendimento, na medida em que, como se disse, a convenção arbitral é o foco que ilumina a área da competência do tribunal arbitral. Quaisquer dúvidas que existam nessa competência devem ser ao máximo dissipadas, o que se consegue melhor se essa convenção estiver reduzida a escrito.

Atente-se, ainda, que a convenção arbitral, essencialmente na modalidade de cláusula compromissória, mas também na de compromisso arbitral, vai ser executada em situação de litígio. Quando surge o conflito, há normalmente uma parte interessada em atrasar o processo e a insegurança quanto à existência e conteúdo da convenção arbitral será, possivelmente, a primeira a servir de obstáculo à rápida resolução do litígio.

Parece-me, pois, que a exigência de forma se explica pela necessidade de clareza quanto à existência, objeto e conteúdo da convenção. Embora a renúncia a parte do direito de ação – que na sua totalidade é indubitavelmente indisponível – seja importante, julgo que a questão da segurança na existência e execução da convenção é mais relevante para a exigência da forma escrita.

Assim, o que interessa é que haja possibilidade de determinação quanto a estes aspetos, ainda que não seja inteiramente claro como se alcançou essa clareza ou se houve realmente adesão de ambas as partes à convenção.³⁸

A precisão que a nova LAV incorpora no seu artigo 2.º n.º 3 vai justamente nesta direção. De acordo com o novo preceito, “a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem está satisfeita quando esta conste de suporte eletrónico, magnético, ótico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.” O que é necessário é que o modo como a convenção existe garanta a sua fidedignidade, inteligibilidade e

³⁶ Dário Moura Vicente, *A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem*, 2002, p. 991.

³⁷ Carlos Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 11.

³⁸ Os vícios da vontade relativos à celebração da convenção são, evidentemente, invocáveis nos termos gerais.

conservação. Pretende assegurar-se a certeza quando à celebração e objeto da convenção de arbitragem.

Quanto aos documentos eletrónicos o problema está apenas naqueles que não estão assinados eletronicamente, porque os que estão são equiparados a documentos particulares, nos termos do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto.

A propósito dos documentos eletrónicos, Dário Moura Vicente fez uma distinção entre forma escrita e força probatória plena.³⁹ Os documentos assinados, porque só estes são documentos particulares nos termos do artigo 373.º CC, têm força probatória plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor (artigo 376.º n.º 1 CC). Os documentos não assinados podem satisfazer o requisito da forma escrita, mas o seu valor probatório difere em função das suas características. Esta está prevista, designadamente, nos artigos 368.º CC (reproduções mecânicas), 379.º CC (telegramas) e 3.º n.º 5 do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto (documento eletrónico ao qual não seja aposto uma assinatura eletrónica).

Assim, os documentos eletrónicos não assinados são suficientes para cumprir o requisito de forma exigido pela LAV.

É ainda suficiente que estes documentos contenham apenas uma remissão para algum documento em que uma convenção esteja contida.⁴⁰ Trata-se da aceção ampla de forma escrita, comum a instrumentos normativos internacionais (como a Convenção de Nova Iorque ou a Lei-Modelo da UNCITRAL).⁴¹

Quanto à convenção de arbitragem por remissão ou *per relationem*, a nova LAV exige maior exigência que a lei anterior, na medida em que, para além de a remissão ter de ser para contrato celebrado em forma escrita, impõe-se que a remissão seja feita de modo a que essa cláusula seja parte integrante do mesmo contrato. Este último requisito tem como fonte o artigo 7.º n.º 6 da Lei-Modelo UNCITRAL.⁴² Da sua leitura conjunta

³⁹ Dário Moura Vicente, *A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem*, 2002, p. 1002.

⁴⁰ Ver a este propósito o Caso Royalties – Ac. STJ 23 de outubro de 2003, Proc. n.º 03B3145.

⁴¹ Moura Vicente, *A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem*, 2002, p. 999; Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 95.

⁴² Cujo texto é: “The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract.”

percebe-se que o que se pretende é que a referência feita pelas partes à convenção de arbitragem seja de molde a incluí-la no contrato.

Esta questão reconduz-se ao problema mais geral da extensão da convenção de arbitragem a contratos diferentes daqueles onde consta a convenção. Integra, assim, o tema que tem vindo a ser denominado como arbitragens complexas, beneficiando, evidentemente, de um tratamento específico. Remete-se, assim, para ponto autónomo sobre a extensão da convenção da convenção arbitral.⁴³

A falta de forma escrita da convenção arbitral gera a sua nulidade, nos termos do artigo 3.º LAV. Esta nulidade implica a incompetência do tribunal arbitral para dirimir o litígio, pelo que é fundamento de anulação da sentença arbitral – artigo 46.º n.º 3 a) i) LAV.⁴⁴ Esta nulidade pode, porém, ser sanada pela sua não invocação. Nos termos do artigo 18.º n.º 4 LAV a nulidade tem de ser invocada até à apresentação da defesa, ficando depois precluído o fundamento de anulação (artigo 46.º n.º 4 LAV).

Este regime de preclusão conduz à sanação da invalidade se esta não for invocada em momento oportuno. Este efeito é reconhecido na maioria das legislações estrangeiras, assim como na Lei-Modelo da UNCITRAL.⁴⁵ A LAV consagra-o hoje expressamente no artigo 2.º n.º 5, fazendo equivaler a forma escrita à troca de alegações (petição e contestação) sem que seja invocada a invalidade da convenção.⁴⁶

d. A convenção de arbitragem tem um conteúdo essencial ou obrigatório e um conteúdo facultativo. O conteúdo essencial é determinado pela Lei: em relação ao compromisso arbitral é necessária a determinação com precisão do objecto do litígio, em relação à cláusula compromissória é obrigatória a especificação da relação jurídica a que os litígios dizem respeito – artigo 2.º n.º 6 LAV. O necessário para esta determinação é, mais uma vez, a segurança na atribuição de jurisdição ao tribunal arbitral, pelo que não se trata aqui de qualquer precisão do objeto da ação, mas tão só da identificação da situação jurídica.⁴⁷

⁴³ Cfr. *infra*, p. 152 e seguintes.

⁴⁴ Guia Pereira, *Fundamentos de Anulação da Sentença Arbitral*, 2010, p. 1099.

⁴⁵ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 160.

⁴⁶ AA. VV., *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012, p. 19 (Moura Vicente).

⁴⁷ Lebre de Freitas, *Alcance da Determinação pelo Tribunal Judicial do Objecto do Litígio a submeter a Arbitragem*, 2002, p. 67.

O não cumprimento deste requisito gera a nulidade da convenção – artigo 3.º LAV.

e. A nulidade do contrato em que se insira uma convenção de arbitragem não implica a nulidade desta. Esta é a regra geral da autonomia da convenção arbitral face ao contrato onde ela está inserida e consta do artigo 18.º n.º 3 LAV. Esta formulação não levanta grandes dúvidas, querendo dizer que o tribunal arbitral pode apreciar a validade do contrato onde se insere a cláusula arbitral, concluindo por exemplo pela invalidade desse contrato.

Esta questão tem muita importância porque impede a invocação da nulidade do contrato como expediente de desaforamento do tribunal arbitral. Se bastasse à parte não interessada na jurisdição do tribunal arbitral, a invocação da nulidade do contrato onde a convenção arbitral estivesse inserida, seria muito fácil impedir julgamentos por tribunais arbitrais. Isto não significa que essa invalidade não possa ser alegada, assim como a invalidade específica da convenção de arbitragem. Mas, nestes casos o próprio tribunal arbitral tem competência para decidir sobre a sua competência – artigo 18.º LAV. É um aspeto importantíssimo da regulamentação da arbitragem que retomarei em ponto autónomo.

5.3.4. Arbitrabilidade⁴⁸

a. Só pode ser sujeito a arbitragem um litígio arbitrável. Entramos agora na análise da arbitrabilidade, o mais discutido requisito da convenção arbitral. De acordo com os n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º LAV não são arbitráveis os litígios que estão sujeitos a arbitragem necessária⁴⁹ e aqueles que sejam da competência exclusiva dos tribunais judiciais; são arbitráveis todos os litígios respeitantes a interesses de natureza patrimonial e ainda os respeitantes a interesses não patrimoniais se forem transacionáveis.

Não se confunde a competência estadual exclusiva com as competências internacionais exclusivas previstas no artigo 63.º CPC ou no artigo 22.º

⁴⁸ A maior parte deste ponto (a relativa à arbitrabilidade objetiva) foi retirada do artigo que escrevi com Cláudia Trabuco, *A Arbitrabilidade das Questões de Concorrência no Direito Português: the Meeting of Two Black Arts*, 2011, p. 443-496.

⁴⁹ Três exemplos de arbitragem necessária: em matéria de direitos de autor, o artigo 221.º n.º 4 do Código de Direitos de Autor; em matéria de patentes, o artigo 59.º n.º 6 do Código da Propriedade Industrial; em matéria de litígios entre medicamentos de referência e genéricos (Lei 62/2011, de 12 de dezembro).

do Regulamento CE 44/2001. O que é excluído por via do artigo 1.º n.º 1 LAV são os conflitos cuja jurisdição competente é a pública, por lei especial a prever expressamente. São exemplos os processos criminal e de insolvência.⁵⁰

A arbitrabilidade distingue-se em objetiva e subjetiva. A primeira cuida das limitações da arbitragem em função do conteúdo do litígio, a segunda pretende tratar da possibilidade de entidades públicas serem partes em processo arbitral.

A arbitrabilidade subjetiva encontra-se prevista no artigo 1.º n.º 5 LAV, nos termos do qual tal participação é admissível em duas situações: autorização por lei especial e litígios respeitantes a relações de direito privado. Há, assim, que distinguir as relações privadas da administração, onde não há dúvidas quanto à arbitrabilidade dos litígios⁵¹ das relações regidas pelo Direito Público.⁵²

Quanto às primeiras incluem-se todos os atos de gestão privada pois são matérias que não pertencem à jurisdição administrativa, mas à judicial. Estas matérias são arbitráveis de acordo com o critério da patrimonialidade estabelecido no n.º 1 do artigo 1.º LAV.

Já quanto às segundas – os atos de gestão pública, a LAV não resolve, remetendo para lei especial. Ora, não existe na ordem jurídica portuguesa um critério único de arbitrabilidade administrativa, ou seja, não há regra que, no Direito Público, estabeleça o que é arbitrável e o que não é. Assim, só é possível saber se determinada matéria é arbitrável se a admissibilidade de arbitragem estiver prevista em lei. Trata-se, pois, de uma análise casuística.⁵³

Existem hoje diversas normas avulsas que prevêm essa arbitrabilidade.

⁵⁰ Carlos Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 85; Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 111.

⁵¹ Paulo Otero, *Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Actos Administrativos*, 2009, p. 82.

⁵² Aroso de Almeida, *Tópicos sobre o Problema da âmbito Subjectivo da Arbitragem sobre Relações Jurídicas Multilaterais ou Poligonais de Direito Administrativo*, 2012, p. 211, defende a clara compatibilidade desta possibilidade com a Constituição.

⁵³ Aroso de Almeida, *Tópicos sobre o Problema da âmbito Subjectivo da Arbitragem sobre Relações Jurídicas Multilaterais ou Poligonais de Direito Administrativo*, 2012, p. 211; Paulo Otero, *Arbitragem Interna de Litígios de Direito Público: a Publicização da Arbitragem Interna de Direito Privado*, 2012, p. 180.

O artigo 180.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos autoriza arbitragem em situações de contratos, responsabilidade civil e atos administrativos. Quanto a questões relativas a atos administrativos, há o limite do fundamento não poder ser a sua invalidade substantiva.⁵⁴

No artigo 187.º CPTA está ainda prevista a criação de centros de arbitragem destinados à composição de litígios no âmbito das seguintes matérias: contratos, responsabilidade civil da administração, funcionalismo público, sistemas públicos de proteção social e urbanismo.⁵⁵⁻⁵⁶ Também a arbitragem institucionalizada em matéria tributária está consagrada através do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro.

O artigo 182.º CPTA estabelece um direito do particular a exigir compromisso arbitral no âmbito das matérias previstas no artigo 180.º. A caracterização jurídica deste direito é difícil, embora a doutrina entenda que não confere ao cidadão um direito potestativo, podendo a administração recusar a celebração do compromisso arbitral sem que haja qualquer sanção. Isto porque a eficácia do preceito depende de regulamentação, nunca aprovada.⁵⁷ Percebe-se a defesa de uma posição cautelosa face a tanta generosidade legal, mas o certo é que assim se esvazia de utilidade prática a norma. De inovadora passa a inútil.

b. A arbitrabilidade objetiva tem sido um dos temas arbitrais mais tratados em Portugal e no mundo. A sua evolução, numa lógica claramente favorável à arbitragem, tem sido notável.

A nível internacional há três critérios de arbitrabilidade objetiva: a disponibilidade do direito, a ligação do litígio com a ordem pública e

⁵⁴ João Caupers, *A Arbitragem nos Litígios entre a Administração Pública e os Particulares*, 1999, p. 5; Paulo Otero, *Arbitragem Interna de Litígios de Direito Público: a Publicização da Arbitragem Interna de Direito Privado*, 2012, p. 181.

⁵⁵ Atua neste âmbito o CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa. Mais informações em www.caad.org.pt.

⁵⁶ Para uma análise do que integra cada categoria, ver Rui Machete, *O Alargamento do âmbito das Matérias sujeitas à Arbitragem Administrativa no Direito Português*, 2013, p. 175 e seguintes. Quanto à questão da arbitrabilidade autónoma dos atos procedimentais de formação dos contratos públicos, ver Rui Machete, *A Submissão à Arbitragem dos Actos Procedimentais de Formação dos Contratos Públicos*, 2010, p. 151 e seguintes; Relvas Moreira, *A Arbitrabilidade Autónoma dos Actos Procedimentais de Formação dos Contratos Públicos*, 2011, p. 256 e seguintes.

⁵⁷ Aroso de Almeida, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 2004, p. 393.

a patrimonialidade da pretensão.⁵⁸ Há ainda países, de tradição anglo-saxónica, que não têm qualquer critério de arbitrabilidade na lei, sendo ele construído por via jurisprudencial. É o caso dos Estados Unidos da América, onde a única restrição legal é relativa aos litígios laborais, deixando-se o conceito para construção jurisprudencial. Os tribunais norte-americanos vêm considerando que são inarbitráveis os litígios em que estão envolvidos interesses públicos importantes.⁵⁹

De acordo com a lei francesa (artigo 2060.º do Código Civil Francês), não são arbitráveis litígios em matéria de ordem pública. A construção doutrinária e jurisprudencial deste conceito tem sido muito restritiva, considerando poucas áreas como inarbitráveis.⁶⁰ A ordem pública é vista como um limite ao poder decisório dos árbitros e não como um critério de arbitrabilidade dos litígios.⁶¹

O critério da patrimonialidade é o utilizado pelas lei alemã e suíça⁶² e é atualmente o da lei portuguesa. Este é talvez o conceito de arbitrabilidade que permite, na sua concretização, maior amplitude. Um litígio é arbitrável se envolver qualquer tipo de interesse económico, não sendo relevante se a relação subjacente é comercial ou privada, civil ou administrativa, de direito nacional ou de direito internacional.⁶³

Mas é também o conceito menos seguro para as partes, na medida em que comporta o risco de estas não poderem executar a sentença arbitral fora do país onde foi proferida. Se o país do reconhecimento não for tão liberal em matéria de arbitrabilidade quanto o do lugar da arbitragem, poderá não ser possível o reconhecimento e posterior execução da decisão.⁶⁴

⁵⁸ António Sampaio Caramelo, *A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio*, 2006, ponto 2; Jorge Morais Carvalho, *O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e noutros Negócios Jurídicos Processuais*, 2013, p. 833.

⁵⁹ Patrick M. Baron e Stefan Liniger, *A Second Look to Arbitrability*, 2003, p. 29.

⁶⁰ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 164.

⁶¹ António Sampaio Caramelo, *A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio*, 2006, ponto 5.

⁶² Patrick M. Baron e Stefan Liniger, *A Second Look to Arbitrability*, 2003, p. 46.

⁶³ Patrick M. Baron e Stefan Liniger, *A Second Look to Arbitrability*, 2003, p. 34.

⁶⁴ Patrick M. Baron e Stefan Liniger, *A Second Look to Arbitrability*, 2003, p. 46.

A construção do conceito de arbitrabilidade em termos internacionais foi marcada por duas decisões judiciais, uma do *Supreme Court* dos Estados Unidos da América e outra do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Na primeira, conhecida como Caso Mitsubishi, a Chrysler, uma empresa suíça e uma empresa japonesa acordaram na criação de uma outra empresa, a Mitsubishi Motors Corp., com o intuito de vender automóveis da marca Mitsubishi através dos agentes da Chrysler fora dos Estados Unidos da América. Esta empresa fez, então, um contrato de distribuição com um agente da Chrysler em Porto Rico, a Soler, acordo que continha uma convenção de arbitragem. O acordo corria bem, até que a Soler começou a diminuir o nível das suas vendas e a Mitsubishi decidiu suspender o envio de automóveis. A Mitsubishi propôs uma ação judicial no *Federal District Court*, pedindo que a Soler fosse obrigada, de acordo com a Lei Federal de Arbitragem e a Convenção de Nova Iorque, a tratar o litígio por via arbitral. A Soler defendeu-se alegando, entre outros fundamentos, a violação das leis americanas da concorrência (*Sherman Act*).⁶⁵

O tribunal julgou favoravelmente a ação, decidindo que as partes deveriam iniciar o processo arbitral, sendo o tribunal arbitral competente para analisar as questões de concorrência. O caso chegou ao *Supreme Court* e este, notando que o critério da arbitrabilidade tem vindo a ser aplicado muito amplamente, concluiu que, no âmbito da arbitragem internacional, as questões de concorrência eram arbitráveis.⁶⁶ Mas, em simultâneo, considerou que os tribunais norte-americanos poderiam reavaliar a decisão, quando, em aplicação da Convenção de Nova Iorque, o seu reconhecimento fosse pedido.⁶⁷

Instituiu, aqui, a famosa doutrina do segundo olhar (*second look doctrine*), de acordo com a qual o controlo do tribunal estadual pode fazer-se apenas

⁶⁵ O resumo foi retirado de James Bridgeman, *The Arbitrability of Competition Law Disputes*, 2008, p. 155. O caso está publicado em *Mitsubishi Motors Corporation v Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, L. Ed. Ed 444 (1985).

⁶⁶ Posteriormente a jurisprudência alargou a arbitrabilidade das questões de concorrência à arbitragem doméstica. Cfr. Renato Nazzini, *A Principled Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings*, 2008, p. 95.

⁶⁷ Renato Nazzini, *A Principled Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings*, 2008, p. 95.

depois da arbitragem. Isto é, admite-se um conceito amplo de arbitrabilidade, mas o Estado reserva-se o direito de validar posteriormente a decisão dos árbitros no que diz respeito à aplicação do direito material do Estado do reconhecimento. O problema desloca-se, assim, da arbitrabilidade do litígio para o controlo estadual da aplicação das regras de ordem pública do direito do Estado onde é pedido o reconhecimento.⁶⁸ Reconhece-se, portanto, que os litígios são arbitráveis, mas não se prescinde do exame posterior da decisão quanto à aplicação das normas de ordem pública.

A questão tem levantado amplíssima polémica, porque se por um lado tem a vantagem de alargar o conceito de arbitrabilidade, afastando-o de vez da existência de regras imperativas no regime jurídico do direito litigioso, por outro tem a desvantagem de estabelecer para os tribunais estaduais a possibilidade permanente de averiguarem o mérito da decisão arbitral. Uma possibilidade de intervenção que os cultores da arbitragem pretendam bem longe e difusa. Por outro lado, ainda, coloca difíceis problemas aos árbitros quanto à sua postura e à aplicação do direito nacional das partes intervenientes ou dos eventuais países de reconhecimento.⁶⁹

Este aspeto do controlo estadual através da ordem pública será visto posteriormente, embora se deva adiantar que entendemos ser condição do alargamento do conceito de arbitrabilidade a consagração da violação da ordem pública como fundamento de anulação de decisões arbitrais.⁷⁰ Tal acabou por ser também a opção da LAV.

A outra ocasião onde a questão se colocou foi o Caso *Eco Swiss contra Benetton*⁷¹, decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em

⁶⁸ Patrick M. Baron e Stefan Liniger, *A Second look to arbitrability*, 2003, p. 54; Renato Nazzini, *A Principled Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings*, 2008, p. 97.

⁶⁹ Patrick M. Baron e Stefan Liniger, *A Second Look to Arbitrability*, 2003, p. 49 e seguintes; Renato Nazzini, *A Principled Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings*, 2008, p. 103 e seguintes.

⁷⁰ A esse propósito já se tomou posição, em conjunto com Assunção Cristas, em *A Violação de Ordem Pública como Fundamento de Anulação de Sentenças Arbitrais*, 2010, p. 41-56. No mesmo sentido, António Sampaio Caramelo, *A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio*, 2006, ponto 9; cfr. também, do mesmo autor, *A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária*, 2009, p. 48.

⁷¹ Ac. TJUE de 1 de junho de 1999, *Eco Swiss China Ltd contra Benetton International NV*, Proc. C-126/97, CJ 1999, p. I-03055.

junho de 1999. Em julho de 1986, a Benetton, a Eco Swiss e a Bulova celebraram um contrato de licença de marca por um período de 8 anos. Nos termos do contrato, mediante autorização da Benetton e da Bulova, a Eco Swiss fabricava e distribuía relógios de luxo, identificados através da marca BbB (Benetton by Bulova). A Bulova controlava ainda a qualidade da produção. O contrato continha uma cláusula compromissória que remetia a resolução dos litígios dele resultantes para o Instituto Holandês de Arbitragem.⁷²

Em 1991, a Benetton denuncia o contrato com fundamento em erros quanto à sua remuneração (*royalties*). A Bulova e a Eco Swiss não aceitaram esta denúncia, tendo iniciado processo arbitral na Holanda, conforme a cláusula arbitral. Em 1993 é proferida decisão parcial pelo tribunal arbitral, na qual a Benetton perde, ficando decidido que a denúncia era ineficaz. Em consequência, o tribunal ordena que a Benetton indemnice as contrapartes pelos danos causados, o que não foi possível extra-judicialmente. Assim, em 1995 o tribunal decide que o valor da indemnização a pagar pela Benetton era de 29 milhões de dólares.⁷³

Em 1995, a Benetton instaurou ação no tribunal da Haia, pedindo a anulação de ambas as decisões, com diversos fundamentos, entre eles a violação do artigo 81.º (atual artigo 101.º) do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia. Entendia que tal preceito deveria ser considerado norma de ordem pública do direito holandês. Em 1997, o tribunal superior holandês decidiu utilizar o mecanismo de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia, colocando-lhe cinco questões. O Tribunal decidiu que a regra do artigo 81.º faz parte da ordem pública e que, se a lei do Estado onde a ação de anulação corria consagrava a violação de ordem pública como fundamento de anulação de decisão arbitral, tal decisão devia ser anulada com esse fundamento.⁷⁴⁻⁷⁵

⁷² O resumo é retirado de T. Diederik de Groot, *The Impact of the Benetton Decision on International Commercial Arbitration*, 2003, p. 367.

⁷³ T. Diederik de Groot, *The Impact of the Benetton Decision on International Commercial Arbitration*, 2003, p. 368.

⁷⁴ T. Diederik de Groot, *The Impact of the Benetton Decision on International Commercial Arbitration*, 2003, p. 371.

⁷⁵ O TJUE decidiu, porém, que a circunstância de as normas do Tratado sobre concorrência serem de ordem pública não obrigava a afastar a aplicação da regra do caso julgado, conforme vigorava no direito holandês, pelo que nenhuma consequência prática se retirava desta decisão

Estas duas decisões constituem um marco na arbitragem internacional⁷⁶, deixando assente que litígios relativos a direitos regulados por normas de ordem pública são arbitráveis.⁷⁷

A extensão da arbitrabilidade está diretamente relacionada com o âmbito de intervenção do Estado – um Estado muito intervencionista, no limite um Estado ditatorial, não permitirá a existência de tribunais privados com a mesma legitimidade que os *seus*. Sirva como exemplo a regra de alguns Estados árabes, relatada por Redfern e Hunter, que impede arbitragens sobre litígios existentes entre uma empresa internacional e o seu agente local.⁷⁸ Como é normal, a questão jurídica é também política.

Em Portugal, estamos sem dúvida num momento favorável à arbitragem, aceite pela comunidade em geral e pelo Estado em particular.⁷⁹ Esses ventos propícios, que já se faziam sentir na interpretação doutrinária do que se entendia por disponibilidade do direito, o critério consagrado na LAV 86, hoje têm assento na lei através do critério da patrimonialidade.

c. Nos termos do artigo 1.º n.ºs 1 e 2 da LAV, são arbitráveis os litígios respeitantes a direitos patrimoniais e, ainda, os direitos não patrimoniais transacionáveis. O critério da patrimonialidade, importado das leis suíças e alemã, é de aplicação muito simples: sempre que estiver em causa um interesse pecuniário ou económico a arbitragem é admissível.⁸⁰

para a eficácia da sentença arbitral no Caso *Benetton*. Terá sido tomado em consideração o facto de nenhuma das partes ter levantado a questão da violação das regras de ordem pública durante o processo arbitral. T. Diederik de Groot, *The Impact of the Benetton Decision on International Commercial Arbitration*, 2003, p. 369.

⁷⁶ Posteriormente, em 2005, uma decisão do English High Court, no Caso *Eurotunnel* (ET Plus SA v Welters), veio confirmar a arbitrabilidade de litígios em que estivessem em causa os artigos 81.º e 82.º do Tratado. Cfr. James Bridgeman, *The Arbitrability of Competition Law Disputes*, 2008, p. 158.

⁷⁷ Luca G. Radicati Di Brozolo, *Antitrust: a Paradigm of the Relations Between Mandatory Rule and Arbitration – A Fresh Look at the “Second Look”*, 2004, p. 23.

⁷⁸ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 164.

⁷⁹ Nos últimos anos, tem-se multiplicado a criação, com incentivo público, de centros de arbitragem em diversas áreas, desde a propriedade industrial até à ação executiva, passando pela área fiscal. A arbitragem em matéria da ação executiva foi revogada pelo Código de Processo Civil aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho.

⁸⁰ Pereira Barrocas, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2013, p. 26.

Inclui portanto todos os pedidos de condenação em quantia pecuniária, mas evidentemente vai muito mais além admitindo disputas relativas a transações económicas, mesmo quando o pedido seja de cumprimento de prestação de facto ou de declaração da validade ou invalidade de atos negociais. O que determina a arbitrabilidade é a natureza patrimonial ou económica da relação jurídica e não a sua direta consequência em termos de pedido.

Este critério é amplíssimo, resolvendo uma série de problemas discutidos anteriormente, como o direito de indemnização de clientela no contrato de agência ou o exercício de direitos relacionados com o arrendamento.

A lei introduz ainda duas pormenorizações – uma, de cariz genérico, que alarga ainda mais o campo da arbitrabilidade; uma segunda que o restringe. O legislador utiliza o mesmo critério para ampliar e para restringir: o conceito de indisponibilidade.

Assim, no que diz respeito aos litígios de direito do trabalho, a nova Lei mantém a aplicação do critério da disponibilidade – artigo 4.º n.º 4 da Lei de Aprovação da LAV. Isto significa, portanto, que os litígios de direito de trabalho só são arbitráveis se forem disponíveis.⁸¹

Por outro lado, o critério da disponibilidade continua a ser utilizado enquanto segundo critério de arbitrabilidade, na medida em que, nos termos do n.º 2 do artigo 1.º LAV, é ainda admissível convenção de arbitragem relativamente a direitos não patrimoniais que sejam transacionáveis.

Ora, como se viu já a propósito da mediação e da conciliação, não podem ser objeto de transação, nos termos do artigo 289.º CPC, os litígios relativos a direitos indisponíveis. O critério da transação é, portanto, o da disponibilidade.

O conceito de disponibilidade foi objeto de enorme discussão na doutrina e na jurisprudência portuguesas no âmbito da LAV 86. Embora tal discussão tenha perdido alguma utilidade com a consagração legal do critério da patrimonialidade, não deixa, porém e ainda, de ser relevante, na medida em que é critério subsidiário da arbitrabilidade e da mediabilidade e critério principal da transação.

⁸¹ A Lei prevê a aprovação de legislação específica para a arbitragem laboral, mas, à data da publicação deste Curso (fevereiro de 2014), não existia. Esta ausência legal é criticada por Robin de Andrade, *Balanço de Um Ano de Vigência da Nova Lei de Arbitragem Voluntária*, 2013, ponto 5.

d. Embora a expressão *disponibilidade* seja conhecida do léxico jurídico, nunca foi fácil determinar em concreto o seu conteúdo.

Em geral, define-se direitos indisponíveis como aqueles que as partes não podem constituir ou extinguir por ato da vontade ou que não são renunciáveis. Lima Pinheiro exemplifica com os direitos familiares pessoais, os direitos de personalidade e o direito a alimentos.⁸²

Carlos Ferreira de Almeida defendeu, porém, que a qualificação de certo direito como disponível ou indisponível não deve ser feita instituto a instituto, mas questão a questão. Também assim entendeu Paula Costa e Silva, de acordo com a qual o critério de arbitrabilidade é concretizado de forma casuística, através do confronto do litígio com o regime jurídico do direito em causa.⁸³ Por exemplo, alguns litígios relativos aos direitos de personalidade são ou podem ser disponíveis⁸⁴, como aliás, foi decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, no Caso *Apresentadora de Televisão*⁸⁵. O Acórdão tratou de uma ação de indemnização decorrente de violação do direito à imagem, tendo o tribunal entendido que o direito de indemnização não era indisponível, pelo que era arbitrável.

O critério da disponibilidade foi criticado desde o momento da sua consagração da LAV de 1986. Raul Ventura dizia, então, que não descobria ligação necessária entre o requisito da arbitrabilidade e a vontade das partes: "(...) *duvido que o julgamento por um tribunal arbitral de litígio sobre direito indisponível afete a indisponibilidade do direito.*"⁸⁶

As críticas foram depois reavivadas por António Sampaio Caramelo, que afirmou que a disponibilidade é um critério de aplicação difícil, retomando para esse efeito os conceitos de indisponibilidade absoluta e relativa desenvolvidos por João de Castro Mendes.⁸⁷

Castro Mendes dividiu indisponibilidade em absoluta e relativa, sendo a primeira a que impede em todos os casos e circunstâncias a constituição ou disposição do direito por vontade das partes e a segunda aquela que apenas obsta a essa disposição (constituição e/ou renúncia) em certos

⁸² Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 105.

⁸³ Paula Costa e Silva, *Anulação e Recursos da Decisão Arbitral*, 1992, p. 922.

⁸⁴ Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 86.

⁸⁵ Ac. STJ de 3 de maio de 2007, Proc. n.º 06B3359.

⁸⁶ Raul Ventura, *Convenção de Arbitragem*, 1986, p. 321.

⁸⁷ Sampaio Caramelo, *A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio*, 2006, ponto 7.

casos.⁸⁸ De acordo com Castro Mendes basta a indisponibilidade relativa para que o litígio não seja arbitrável.⁸⁹

Para Sampaio Caramelo, nenhuma das indisponibilidades parecia ser a prevista na anterior Lei de Arbitragem Voluntária, porque qualquer uma delas representava um limite injustificado para o desenho do critério. Assim, se a arbitrabilidade correspondesse à indisponibilidade absoluta, "*Isso implicaria restringir excessivamente o âmbito das matérias arbitráveis, pois que há direitos que, embora não sejam extinguíveis por vontade do seu titular, em todas e quaisquer circunstâncias, apesar disso, tendo esse direitos carácter patrimonial, não se vê razão ponderosa (à luz da hierarquia ou grau de relevância dos valores ou interesses tutelados pelo ordenamento jurídico) para vedar a submissão a arbitragem de litígios a eles respeitantes.*"⁹⁰. Admitir, porém, que a disponibilidade prevista na LAV de 1986 era a relativa, implicaria alargar a campos inaceitáveis a jurisdição arbitral.⁹¹

Ferreira de Almeida e Lima Pinheiro defenderam, porém, que o critério da disponibilidade do direito era ainda o melhor e o mais adequado.⁹²

Verificava-se, assim, na doutrina portuguesa alguma polémica relativa não só ao melhor critério de arbitrabilidade, de *iure condendo*; mas também quanto à exata definição de direito disponível, agora perante o direito constituído.

Certo é que se verificava em todos os autores uma tendência de alargamento do conceito de arbitrabilidade, a que se seguia a jurisprudência.

Num trabalho de análise de jurisprudência sobre arbitrabilidade, Joana Galvão Teles conclui que o conceito de disponibilidade a que esta recorria é o da disponibilidade relativa, admitindo arbitragem em áreas tipicamente

⁸⁸ Castro Mendes, *Direito Processual Civil – Volume I*, 1994, p. 211.

⁸⁹ João de Castro Mendes, *Direito Processual Civil – Volume I*, 1994, p. 228. Também neste sentido, Paula Costa e Silva, *Anulação e Recursos da Decisão Arbitral*, 1992, p. 922, nota 77. Cfr., porém, as reflexões da autora sobre o tema em *A Nova Face da Justiça*, 2009, p. 87.

⁹⁰ António Sampaio Caramelo, *A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio*, 2006, ponto 7.

⁹¹ António Sampaio Caramelo, *A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio*, 2006, ponto 7.

⁹² Carlos Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 86; Luis de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 105.

indisponíveis como o Direito do Trabalho, o arrendamento e os direitos de personalidade.⁹³

É útil referir alguns dos Acórdãos tratados para se perceber melhor a evolução jurisprudencial.

No Caso *Insolvência*⁹⁴, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que a ação de insolvência era da competência exclusiva dos tribunais judiciais, pelo que não poderia ser (como não havia sido, aliás) objeto de convenção arbitral. Esta inarbitrabilidade não se funda, porém e apenas, na competência exclusiva da jurisdição estadual, mas essencialmente no cruzamento de interesses públicos impossíveis de conciliar com a arbitragem (desde logo a tendencial eficácia geral do processo).⁹⁵

Nos dois casos em que se discutiu a arbitrabilidade de litígios laborais, o Caso *Ovarense*⁹⁶ e o Caso *Beira-Mar*⁹⁷, as Relações do Porto e de Évora decidiram pela arbitrabilidade de litígio após a cessação do contrato de trabalho, contrariando doutrina que considera tais litígios inarbitráveis.⁹⁸

Em relação às questões de arrendamento devem referir-se três Acórdãos: dois que entendem que os litígios são arbitráveis⁹⁹ e um que entendeu não serem¹⁰⁰. É de salientar o Caso *Trespasse* que trata a questão de forma exaustiva, relacionando-a aliás com o princípio da competência da competência, e que conclui pela arbitrabilidade da ação de despejo, interpretando a lei como estabelecendo que não há competência exclusiva dos tribunais estaduais.

Esta tendência no sentido da arbitrabilidade não era, porém, seguida numa das áreas típicas da arbitragem internacional: a dos litígios decorren-

⁹³ Joana Galvão Teles, *A Arbitrabilidade dos Litígios em Sede de Invocação de Exceção de Preterição do Tribunal Arbitral Voluntário*, 2011, p. 124-133.

⁹⁴ Ac. RL de 25 de junho de 2009, Proc. n.º 984/08.0TBRMRL1-8.

⁹⁵ Joana Galvão Teles, *A Arbitrabilidade dos Litígios em Sede de Invocação de Exceção de Preterição do Tribunal Arbitral Voluntário*, 2011, p. 70-74.

⁹⁶ Ac. RP de 24 de novembro de 1997, in CJ, Tomo V, p. 246.

⁹⁷ Ac. RE de 17 de outubro de 1998, in CJ, Tomo IV, p. 292.

⁹⁸ Criticando expressamente as decisões jurisprudenciais citadas, Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 109. O Autor entende que a convenção de arbitragem só é válida se celebrada após a cessação do contrato de trabalho, momento em que os direitos são já disponíveis.

⁹⁹ Acs. RL de 11 de outubro de 1994 no Caso *Despejo I*, Proc. n.º 0086041, e de 5 de junho de 2007 no Caso *Trespasse*, Proc. n.º 1380/2007-1.

¹⁰⁰ Ac. RL de 23 de outubro de 2003 no Caso *Despejo II*, Proc. n.º 3317/2003-6.

tes de contratos de distribuição comercial. Sampaio Caramelo e Manuel Barrocas comentaram o Caso *Indemnização de Clientela*¹⁰¹, chamando a atenção para a dificuldade que o Tribunal teve em lidar com a arbitrabilidade da indemnização de clientela, direito irrenunciável nos termos do artigo 38.º da Lei do Contrato de Agência (Decreto-lei n.º 178/86, de 3 de julho)¹⁰². O aresto confunde arbitrabilidade com direito aplicável, acabando por decidir que a eventual não aplicação do direito imperativo (porque a cláusula compromissória permitia o julgamento pela equidade) implica a inarbitrabilidade do mesmo, embora seja disponível.¹⁰³

Como se pode concluir da jurisprudência analisada, o critério da disponibilidade apenas tinha obstado à arbitrabilidade dos litígios relativos a direitos absolutamente indisponíveis, isto é, apenas se consideraram inarbitráveis os litígios em que se impede em todos os casos e circunstâncias a constituição ou disposição do direito por vontade das partes. Nas situações em que as partes, após a constituição efetiva do direito na sua esfera jurídica, podem dele livremente dispor, já era admissível a arbitragem. O que significa, então, que se entendia serem arbitráveis os litígios em que estivessem em causa direitos relativamente disponíveis.

Foi decididamente posta de lado a tese de que a existência de normas imperativas limitava a arbitrabilidade do litígio. A doutrina era praticamente unânime neste ponto, assim como a larga maioria dos Acórdãos sobre o tema.

Indisponível era e é, assim, apenas o direito que não pode nunca deixar de ser exercido, independentemente da vontade do seu titular. O que significa que, se determinado direito é irrenunciável, para que seja relativamente indisponível basta que o particular não seja obrigado a exercê-lo, isto é, que esteja na sua disponibilidade propor ou não ação destinada ao seu exercício.

¹⁰¹ Ac. RG de 16 de fevereiro de 2005, Proc. n.º 197/05-1.

¹⁰² António Sampaio Caramelo, *A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio*, 2006, ponto 8; Manuel Pereira Barrocas, *Arbitrabilidade da Indemnização de Clientela do Agente Comercial*, 2009, p. 1007 e seguintes.

¹⁰³ O Acórdão não é inteiramente claro no seu raciocínio, mas parece-nos ser esta a conclusão a retirar das suas palavras. No mesmo tipo de vícios incorreram o ac. STJ de 11 de outubro no Caso *Nova Deli*, Proc. n.º 05A2507 e o ac. RP de 11 de janeiro de 2007 no Caso *Sementes de Milho*, Proc. n.º 0636141. Cfr. Joana Galvão Teles, *A Arbitrabilidade dos Litígios em Sede de Invocação de Exceção de Preterição do Tribunal Arbitral Voluntário*, 2011, p. 74 e seguintes.

Esta definição era amplíssima, como referiu Sampaio Caramelo. Tinha como limite apenas os casos em que o exercício do direito fosse também admissível por via pública. Falamos, por exemplo, das situações em que estejam em causa crimes públicos¹⁰⁴, direitos coletivos ou difusos, como o património público ou alguns direitos relativos a menores (*máxime*, a averiguação oficiosa de maternidade e paternidade¹⁰⁵). À luz da anterior LAV apenas se impedia a arbitragem de litígios em que a iniciativa de exercício do direito era também pública, querendo com isto dizer-se que o Estado tem o dever, de acordo com o princípio da legalidade, de substituir-se ao privado no exercício do seu direito. Só estes direitos são absolutamente indisponíveis e só estes não são arbitráveis.¹⁰⁶

É este ainda o conteúdo do critério da disponibilidade face à atual LAV, apenas se alterando o seu *lugar*: de principal passa a ser subsidiário. Assim, um litígio não patrimonial que seja relativamente indisponível é ainda arbitrável.

5.3.5. Conteúdo e redação

O conteúdo da convenção pode ser o mais variado possível, desde a definição do litígio existente ou eventual, passando pelo número de árbitros e forma da sua designação, até regras processuais específicas ou remissão para o regulamento de algum centro de arbitragem institucionalizada.

Há diversas organizações que sugerem cláusulas tipo. A Câmara de Comércio Internacional propõe a seguinte: “*Todos os litígios emergentes do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento*”.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Repare-se que os crimes particulares e semi-públicos admitem mediação – Lei 21/2007, de 12 de junho. Mas há limites quanto às penas aplicáveis – a questão aqui não é já de disponibilidade do direito, mas da natureza pública da sanção (em especial da privativa da liberdade) que não pode, evidentemente, ser aplicada por privados. O mesmo raciocínio se aplica às contra-ordenações.

¹⁰⁵ Artigos 1808.º e 1864.º CC.

¹⁰⁶ Jorge Morais Carvalho, *O Critério da Disponibilidade na Arbitragem, na Mediação e noutros Negócios Jurídicos Processuais*, 2013, p. 843.

¹⁰⁷ Disponível em http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/word_documents/model_clause/mc_arb_portuguese.txt.

Já, por exemplo, o London Court of International Arbitration sugere maior pormenor: “*Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause. The number of arbitrators shall be [one/three]. The seat, or legal place, of arbitration shall be [City and/or Country]. The language to be used in the arbitral proceedings shall be [...]. The governing law of the contract shall be the substantive law of [...]*”.¹⁰⁸

O Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio de Indústria Portuguesa propõe simplesmente: “*Todos os litígios emergentes deste contrato serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), por um ou mais árbitros nomeados nos termos do Regulamento*”.

A redação de cláusulas arbitrais pode ser tarefa espinhosa. A maior parte das vezes não lhe é prestada a devida atenção no contexto do contrato: as partes e os seus advogados estão, naturalmente, mais preocupados em utilizar a sua energia negocial para as obrigações contratuais nucleares, não pretendendo, também, dar ideia de que pretendem incumprir o contrato ou de que veem a outra parte como incumpridora. A negociação das cláusulas arbitrais é negligenciada ou deixada para último lugar, sendo por isso, na gíria contratual, conhecidas como as cláusulas da meia-noite ou champanhe.

A eventual comicidade desta situação rapidamente se transforma em fatalidade porque, no momento em que surge o litígio, uma cláusula arbitral defeituosa (ou patológica) traz, por regra, dificuldade não despendidas, geradores de atrasos e custos evitáveis. Quando as partes se desentendem, tudo aquilo que puder ser utilizado como argumento contra a resolução do litígio, será seguramente utilizado.

É por isso bem importante tomar as devidas cautelas no momento de redigir a convenção arbitral. Desde logo, sabendo o que pode causar a invalidade dessa cláusula, o que implica, naturalmente, conhecer o regime da arbitragem aplicável – o português se for esse o direito aplicável.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Disponível em www.lcia.org.

¹⁰⁹ Sobre o direito aplicável à convenção, ver em geral Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 600 e seguintes; Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 2012, p. 40.

Não há formulações únicas ou perfeitas para a redação da cláusula arbitral. Cada caso é um caso, com especificidades próprias, mais ou menos complexas. Aspectos como o número de partes prováveis podem trazer necessidade de sofisticação do instrumento arbitral.

Mas há algumas pequenas notas que se podem deixar, como padrões mínimos de redação. Uma cláusula arbitral deve abordar, pelo menos, cinco tópicos: definir o litígio eventual, referir o número de árbitros, escolher as regras arbitrais, selecionar o local e a língua da arbitragem.¹¹⁰

A definição ampla do litígio passa, naturalmente, pela descrição da relação jurídica da qual esse conflito possa resultar. A expressão "*todos os litígios emergentes deste contrato*" é comum e é uma boa expressão porque, na sua vaguidade, permite englobar tudo aquilo em que as partes não se entendam, mesmo que não o pudessem nunca ter previsto.

O número de árbitros é importante se as partes pretendem escolher um número diferente daquele que é supletivamente determinado pela lei (3). Mesmo que seja esse o pretendido, pode não haver segurança quanto à lei aplicável (embora a grande maioria delas estabeleça como regra supletiva a constituição do tribunal arbitral por 3 árbitros) e daí que seja aconselhável referi-lo. É relativamente comum ainda que as partes estipulem o modo da designação dos árbitros. As regras geram por vezes problemas difíceis de compatibilização com a lei ou as regras institucionais aplicáveis, pelo que, a não ser que haja algum problema especial, não vejo grande vantagem na pormenorização.

Compreendo que estas regras resultem da necessidade de tranquilizar as reais partes (não os advogados) que, desconhecendo a arbitragem, pretendem estar seguras quanto ao modo de constituição do tribunal. Se este interesse, mais pedagógico que jurídico, for importante, então há que ter a cautela de verificar se o modo de designação previsto não gera situações incompatíveis com o regime legal aplicável.

Importância especial pode ter a autoridade que designa em caso de silêncio das partes. Como se verá adiante, se por alguma razão o tribunal arbitral não se conseguir constituir, essa constituição terá de ser garantida por um terceiro. A regra portuguesa supletiva é a da indicação ser feita pelo Tribunal da Relação, nos termos dos artigos 10.º n.º 4 e 59.º n.º 1 a) LAV.

¹¹⁰ Um bom documento de apoio para a redação são as IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses.

Mas as partes poderão, na cláusula arbitral, definir outra pessoa ou órgão para efetuar essa nomeação.

A escolha das regras arbitrais pode ser facilmente resolvida através da institucionalização da arbitragem. Se não se pretender fazer essa institucionalização, pode prever-se a aplicação de algum regulamento, nacional ou internacional, ou ainda conjuntos de regras que têm esse propósito (como as UNCITRAL Arbitration Rules). Fazer na própria convenção de arbitragem um regulamento processual não é costume, nem é recomendável – normalmente as partes preveem prazos demasiado curtos e uma tramitação processual absurdamente simplificada, acrescendo um prazo para a prolação da sentença manifestamente inexecutável. O momento certo para negociar as regras processuais é o da primeira reunião com o tribunal arbitral, depois, portanto, da sua constituição.

A sede da arbitragem tem importantes consequências no regime da arbitragem, essencialmente na arbitragem internacional. É a sede que determina a aplicação da Convenção de Nova Iorque se existir cláusula de reciprocidade no país do reconhecimento, isto é, se a arbitragem decorrer num país não signatário da Convenção, a sentença aí proferida não poderá ser reconhecida através do seu regime num Estado signatário que tenha feito a reserva de reciprocidade. É o caso, por exemplo, de uma sentença arbitral proferida em arbitragem com sede em Angola (país não signatário da Convenção), se vier ser reconhecida em Portugal (país signatário mas com cláusula de reciprocidade – só aplica este regime a sentenças proferidas em arbitragens com sede em países também eles signatários).¹¹¹

A sede determina, ainda, o lugar da anulação da sentença, quer em termos de competência internacional, quer em termos de competência interna territorial (artigo 59.º n.º 1 g) LAV). Mais, é a sede da arbitragem que determina o tribunal estadual competente para todos os litígios decorrentes dessa arbitragem, desde a nomeação dos árbitros em falta até à decisão interlocutória do tribunal arbitral sobre a sua própria competência – artigo 59.º n.º 1 a) a f) LAV.

A sede acarreta também, por regra embora não necessariamente, a lei aplicável à arbitragem. Assim o estipula o artigo 61.º LAV: às arbitragens que tenham lugar em território português aplica-se a lei portuguesa. A aplicação

¹¹¹ Na verdade, hoje a situação é menos problemática porque a LAV importou o regime da Convenção de Nova Iorque para o reconhecimento de sentenças estrangeiras, pelo que se aplica em todos os reconhecimentos, independentemente do país de origem.

de uma determinada lei de arbitragem é muito importante para o desenrolar célere e eficaz de um processo arbitral. Uma lei, como a portuguesa, que contém normas sobre providências cautelares, nomeação de árbitros, arbitragens complexas, competência dos tribunais estaduais, é uma garantia de que estão reunidas as condições indispensáveis ao normal decurso do processo e ao proferimento de uma sentença reconhecida por todo o mundo.

A sede desempenha, assim, um papel relevantíssimo e deve, em especial nas arbitragens internacionais, ser cautelosamente analisada e escolhida.

Por último, a língua da arbitragem deve ser escolhida caso, naturalmente, se trate de um litígio com partes e/ou documentos em mais do que uma língua. A língua em que decorre o processo arbitral pode ser uma vantagem importante ou uma desvantagem considerável. É preciso não esquecer que os árbitros serão escolhidos também em função da fluência na língua da arbitragem.

5.3.6. Extensão da convenção arbitral a terceiros ou outros contratos¹¹²

A matéria da extensão da convenção arbitral tem sido tratada sob várias designações, como extensão a não signatários ou arbitragens complexas.

Quando se fala em arbitragens complexas, engloba-se não apenas a problemática da extensão da convenção, mas ainda outras questões como o litisconsórcio e a coligação, inicial ou sucessiva (intervenção de terceiros), a apensação e restantes modificações processuais. Estes temas – exclusivamente processuais – serão tratados noutra parte, precisamente o intitulado arbitragens complexas. É importante distinguir estas duas perspectivas porque a sua abordagem conjunta dificulta a perceção dos problemas e a sua correta resolução. Esta separação dos problemas permite uma maior finura dogmática, o que proporciona o desenhar de alguns critérios gerais de solução, algo impossível através do mero tratamento casuístico das questões.

Neste ponto, será apenas analisada a possibilidade de extensão da convenção de arbitragem a terceiros e a diferentes relações contratuais.

A situação típica é a de sucessão de contratos entre as mesmas ou diferentes partes, uns contendo convenção e outros não. Surgindo um litígio

¹¹² Este ponto reproduz com poucas alterações o artigo que escrevi com Jorge Morais Carvalho, intitulado *Arbitragens Complexas – Questões Materiais e Processuais*, 2011, p. 111 e seguintes.

há que resolver se se poderá admitir a extensão da competência da jurisdição arbitral a todos.

Nestes casos, o problema já não é processual, mas exclusivamente material: o de saber se a cláusula compromissória vincula ou não terceiros não signatários ou se se pode estender a relações contratuais diversas das que expressamente regula. Posto de outro modo, o problema é o de saber qual o âmbito da jurisdição arbitral. Sendo esta determinada pela sua fonte contratual, o tema é estritamente contratual.

Os aspetos materiais reconduzem-se, assim, à extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários ou a relações jurídicas não incluídas expressamente na convenção. Começa-se pela análise de todos os modos tipificados de transmissão das relações jurídicas, por morte ou extinção e entre vivos; de seguida o contrato a favor de terceiro e de pessoa a nomear; as situações relacionadas com a garantia das obrigações, onde incluímos a discussão da problemática dos grupos de sociedades e o abuso de direito; por fim, os problemas tratados no âmbito dos contratos múltiplos.

5.3.6.1. Transmissão ou modificação da convenção de arbitragem

Um dos primeiros problemas que pode surgir em torno da extensão da convenção de arbitragem a terceiros é o de saber o que sucede quando uma das partes morre ou, tratando-se de pessoa jurídica, se extingue.

A LAV responde a esta questão, estabelecendo que, “*salvo convenção em contrário, a morte ou extinção das partes não faz caducar a convenção de arbitragem nem extinguir a instância no tribunal arbitral*” (artigo 4.º, n.º 4).

A regra é, portanto, a de que a posição da parte numa convenção de arbitragem, necessariamente ligada a uma relação jurídica mais alargada¹¹³, se transmite para o seu sucessor, isto independentemente de o processo arbitral se ter ou não iniciado. É possível inferir desta regra geral uma tendência no sentido do carácter impessoal da convenção de arbitragem¹¹⁴.

O regime pode, contudo, ser afastado pelas partes, expressa ou tacitamente, devendo entender-se que o afastamento é tácito quando resulte do processo interpretativo que se trata de convenção de arbitragem *intuitu personae*¹¹⁵.

¹¹³ Raúl Ventura, *Convenção de Arbitragem*, 1986, pp. 289-413, p. 395.

¹¹⁴ Raúl Ventura, *Convenção de Arbitragem*, 1986, p. 395.

¹¹⁵ Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, 2006, p. 137, defende que, havendo indícios dessa intenção das partes, “*deve entender-se que existe uma estipulação tácita no sentido da caducidade da convenção*”.

Mais comum é, naturalmente, a transmissão da posição contratual, da obrigação ou do crédito entre vivos. Essa transmissão pode ocorrer de acordo com diversas formas, algumas delas tipificadas na nossa legislação civil.

A figura da cessão da posição contratual encontra-se consagrada nos artigos 424.^o a 427.^o do Código Civil, permitindo-se a qualquer das partes a transmissão a terceiro da sua posição em determinado contrato, desde que a contraparte consinta nessa transmissão.

A lei limita a possibilidade de cessão da posição contratual aos contratos com *prestações recíprocas* (artigo 424.^o, n.^o 1), mas o conceito de prestação deve ser entendido neste âmbito em sentido amplo, abrangendo qualquer *situação jurídica* resultante de um contrato, o que permite a aplicação da figura a uma convenção de arbitragem¹¹⁶.

A cessão da posição contratual só produz efeitos se todos as partes envolvidas concordarem com o negócio. Cedente e cessionário são as partes do negócio pelo qual opera a transmissão da posição contratual e o outro contraente tem de consentir nessa transmissão. Encontram-se assim acautelados os interesses de todos, podendo qualquer um deles evitar a produção de um efeito jurídico indesejado, nomeadamente no que respeita à convenção de arbitragem, através de não celebração ou oposição ao negócio em causa¹¹⁷.

Se o cessionário não quiser ficar vinculado pela convenção de arbitragem, tem duas possibilidades: (i) não se vincular ao negócio de cessão, caso em que não existe cessão da posição contratual; ou (ii) negociar com o outro contraente a alteração dos termos do contrato cedido, excluindo a cláusula compromissória, situação já estranha à cessão propriamente dita.

O outro contraente tem um papel decisivo, podendo não consentir na transmissão da posição contratual, evitando assim a entrada do terceiro para a cláusula compromissória. Se quiser aceitar a transmissão, com exce-

¹¹⁶ Neste sentido, Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 81-95, p. 94.

¹¹⁷ Neste sentido, entendendo que não é necessária uma referência específica à convenção de arbitragem para que esta integre o acordo de cessão, v. Fouchard, Gaillard e Goldman, *On International Commercial Arbitration*, org. de Emmanuel Gaillard e John Savage, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 428.

ção da convenção de arbitragem, terá de negociar essa alteração com o cessionário, não sendo possível o consentimento parcial da transmissão¹¹⁸.

Assim, caso a cessão seja feita sem qualquer menção específica e com o consentimento de todos, a cláusula compromissória vincula todas as partes.

Na cessão de um crédito, o problema não pode ser colocado nos mesmos termos dos da cessão da posição contratual, uma vez que o negócio não depende do consentimento do devedor. Nos termos do artigo 577.^o, n.^o 1, do Código Civil, a cessão é admitida, mesmo contra a vontade do devedor, se não for contrária à lei ou ao acordo das partes e “o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor”.

Neste caso, cedido o crédito, importa perceber se o cessionário, em caso de litígio relativo a esse crédito, pode invocar a cláusula compromissória constante do contrato celebrado entre cedente e devedor.

Se se entender que a cláusula arbitral é um dos elementos que integra o crédito cedido¹¹⁹, aplicar-se-á o n.^o 1 do artigo 582.^o do Código Civil, que determina a transmissão para o cessionário “das garantias e outros acessórios do direito transmitido que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente”. A aplicação pode ser direta, por se entender que se trata de um direito acessório ao direito de crédito transmitido¹²⁰, ou por analogia, caso se entenda que a cláusula compromissória não pode ser qualificada como *acessória* do direito transmitido¹²¹.

A aplicação desta regra à convenção arbitral não pode ser direta, na medida em que esta tem natureza contratual, isto é, a sua estrutura é bilateral. Uma convenção de arbitragem é, ela própria, um contrato, com efeitos ativos e passivos para as duas partes. Não pode, pois, fazer-se uma

¹¹⁸ Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 178.

¹¹⁹ Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 185, defende que a convenção de arbitragem “é instrumental do crédito relativamente à resolução de litígios”.

¹²⁰ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, 1987, p. 598, entendem que, “como direitos acessórios, transmitem-se [...] os direitos potestativos ligados ao crédito”. A convenção de arbitragem encontra-se ligada ao crédito, gerando em cada uma das partes o direito potestativo de provocar a constituição do tribunal arbitral. Neste sentido, expressamente, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 2007, p. 325, e Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, Vol. II, Tomo IV*, 2010, p. 219, citando o autor anterior. Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, 2006, p. 140, defende que “não se pode eliminar o direito que para o devedor cedido resulta da convenção de arbitragem”.

¹²¹ Carlos Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 94.

equiparação direta a um mero acessório de um direito, como se se tratasse tão só de uma posição ativa.

Parece porém que é de aceitar a analogia, na medida em que a convenção se liga indiscutivelmente ao crédito cedido, só justificando a sua existência pela existência do crédito. Repare-se que o crédito pode ser juridicamente ineficaz (*stricto sensu* ou inválido), o que não implica a invalidade da convenção arbitral – é o conhecido princípio da autonomia da convenção de arbitragem previsto no artigo 18.º n.º 2, da LAV. Mas esta separação nada tem a ver com o problema material que nos ocupa, o de saber se a convenção acompanha a cessão de uma parte do contrato.

É certo que a convenção pode executar-se para discutir a validade de um contrato, concluindo-se pela sua invalidade. É isto que o princípio da autonomia postula. Mas também é certo que não há função ou objeto da convenção arbitral se não houver vínculo a um contrato (ainda que inválido ou ineficaz).

Assim, não há dúvidas em aplicar analogicamente o regime dos acessórios do crédito, previstos no artigo 582.º CC.

A extensão da convenção ao cessionário não se verifica, contudo, se existir convenção em contrário entre as partes – cedente (ou credor originário) e devedor – ou se da interpretação da cláusula compromissória resultar que esta não é separável da pessoa do cedente, ou seja, se a convenção, naquela relação jurídica concreta, for *intuitu personae*¹²².

Esta análise só pode ser feita em concreto, embora se possa considerar que a regra geral é a de que o cessionário pode invocar a convenção de arbitragem constante do contrato celebrado entre cedente e devedor.

A sub-rogação implica a participação de um terceiro no momento do cumprimento da obrigação. Essa participação pode ser direta, cumprindo

¹²² Fouchard, Gaillard e Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 431, referem-se à possibilidade de a identidade do outro contraente ser determinante para a celebração da convenção de arbitragem, acrescentando (p. 434) que tal pode resultar expressamente do contrato ou de factos que o revelem, sendo necessário provar, por exemplo, que o outro contraente tinha a “boa fé e lealdade processual” necessárias para a resolução de eventuais litígios através de arbitragem. Segundo Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 178, o carácter *intuitu personae* da convenção de arbitragem constitui uma “situação excepcional”. Já Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, 2006, p. 137, defende que “a celebração de convenções de arbitragem *intuitu personae* pode não ser a regra, mas não é certamente rara”.

o terceiro no lugar do devedor (artigos 589.º e 590.º do Código Civil), ou indireta, caso em que o terceiro proporciona ao devedor os meios para o cumprimento da obrigação (artigo 591.º).

Em qualquer caso, a sub-rogação depende de declaração expressa do sub-rogante, que pode ser o credor (artigo 589.º) ou o devedor (artigos 590.º e 591.º), não sendo necessário para a produção de efeitos o consentimento do devedor ou do credor, respetivamente¹²³.

Para além dos casos de sub-rogação voluntária, o terceiro também fica sub-rogado nos direitos do credor se tiver garantido o cumprimento da obrigação, como sucede, por exemplo, na fiança¹²⁴, ou se “*estiver directamente interessado na satisfação do crédito*” (artigo 592.º).

Quanto aos efeitos da sub-rogação, nos termos do n.º 1 do artigo 593.º, “*o sub-rogado adquire, na medida da satisfação dada ao direito do credor, os poderes que a este competiam*”. O artigo 594.º remete, com as necessárias adaptações, para o regime da transmissão de garantias e outros acessórios da cessão de créditos, previsto no artigo 582.º, pelo que a questão da extensão da convenção de arbitragem ao sub-rogado deve ser resolvida com grande paralelismo¹²⁵ em relação à posição do cessionário¹²⁶.

A cláusula arbitral, sem esquecer a sua natureza contratual, deve ser considerada para este efeito um dos elementos do crédito, pelo que o terceiro fica sub-rogado nos direitos dela resultantes¹²⁷, exceto se existir convenção prévia em contrário entre credor e devedor ou a cláusula tiver, na relação jurídica concreta, carácter pessoal¹²⁸.

O efeito da transmissão singular de dívida, também designada assunção de dívida, consiste na relação creditícia passar a ter um novo devedor. A transmissão pode exonerar o anterior devedor, se tal estiver

¹²³ Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 2000, p. 754.

¹²⁴ O artigo 644.º do Código Civil indica-o expressamente: “O fiador que cumprir a obrigação fica sub-rogado nos direitos do credor, na medida em que estes foram por ele satisfeitos”.

¹²⁵ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português – Vol. II – Tomo IV*, 2010, p. 230.

¹²⁶ Raúl Ventura, *Convenção de Arbitragem*, 1986, p. 398; Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, 2006, p. 141; Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 179.

¹²⁷ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 20.

¹²⁸ Carla Gonçalves Borges e Ricardo Neto Galvão, *A Extensão da Convenção de Arbitragem a Não Signatários*, 2013, p. 126; Menezes Leitão, *Direito das Obrigações – Vol. II*, 2003, p. 42, salienta que não se transmite o que for inseparável “da pessoa do credor”.

expressamente previsto no negócio transmissivo (assunção liberatória de dívida), ou gerar uma obrigação solidária entre o antigo devedor e o novo devedor (assunção cumulativa de dívida).

A transmissão pode resultar de contrato celebrado entre o antigo e o novo devedor, caso em que tem de ser ratificada pelo credor, ou entre o novo devedor e o credor, neste caso sem necessidade de consentimento do antigo devedor (artigo 595.º n.º 1, do Código Civil).

Em qualquer das suas formas, a assunção de dívida depende de consentimento quer do credor¹²⁹ quer do novo devedor. Na primeira forma, o novo devedor é parte do contrato de transmissão e o credor é livre de ratificar o contrato. Na segunda forma, o novo devedor e o credor são as partes do contrato de transmissão, sendo portanto livres quanto à sua celebração.

Existe, assim, paralelismo com a cessão da posição contratual, podendo as duas partes interessadas opor-se ao negócio transmissivo.

Verificando-se esta possibilidade, a convenção de arbitragem deve ser aplicável, salvo convenção em contrário, à relação entre o credor e o novo devedor. Se este não pretender assumir a dívida com a convenção de arbitragem tem duas possibilidades: não celebrar o contrato com o antigo devedor ou com o credor, conforme o caso; acordar com o credor no sentido da revogação da convenção. O credor, se não quiser manter a convenção de arbitragem na relação com o novo devedor, também tem duas possibilidades: não celebrar o contrato com o credor ou não ratificar o contrato entre antigo e novo devedor, conforme o caso; acordar com o novo devedor a revogação da convenção.

Encontra-se, portanto, salvaguardado o consentimento quer do novo devedor quer do credor quanto à convenção de arbitragem, não sendo afetada a sua natureza contratual, pelo que se justifica a sua extensão ao novo devedor¹³⁰.

Se a assunção de dívida não for liberatória, é ainda necessário analisar como é que a posição do antigo devedor fica salvaguardada.

¹²⁹ Como refere Luis Menezes Leitão, *Direito das Obrigações – Vol. II*, 2003, p. 55, “para a transmissão de dívidas é sempre necessário o consentimento do credor”. Neste sentido, v. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português – Vol. II – Tomo IV*, 2010, p. 238.

¹³⁰ Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 94; Carla Gonçalves Borges e Ricardo Neto Galvão *A Extensão da Convenção de Arbitragem a Não Signatários*, 2013, p. 125. Em sentido contrário, Raúl Ventura, *Convenção de Arbitragem*, 1986, p. 398.

Se tiver sido parte no contrato de transmissão ou se tiver consentido na assunção de dívida resultante do contrato celebrado entre novo devedor e credor, a questão não se coloca, uma vez que se deve entender que os seus interesses se encontram acautelados.

Se não tiver consentido na transmissão, esta não deixa de produzir os seus efeitos, passando, não sendo liberatória, a existir uma obrigação solidária entre devedores. O credor pode exigir a satisfação do crédito a qualquer um deles. No caso de exigir apenas ao novo devedor, a questão resolve-se na relação entre ambos, nos termos já referidos. No caso de exigir apenas ao antigo devedor, não há qualquer problema de extensão da convenção de arbitragem a terceiros, uma vez que apenas intervêm as partes originárias.

No caso de o crédito ser exigido na mesma ação aos dois devedores, a questão assume contornos diversos, uma vez que o antigo devedor pode não querer participar num processo arbitral com o novo devedor, podendo colocar-se a questão da sua vinculação a um processo assim subjetivamente delineado por não se ter comprometido previamente.

Repare-se que esta situação é já uma consequência processual da situação multicontratual, um problema de configuração subjetiva da lide arbitral e não de extensão de convenção de arbitragem a terceiros. Será pois, tratado melhor *infra*.

A novação pode ser objetiva ou subjetiva.

Na novação objetiva não intervém qualquer terceiro, mantendo-se na nova obrigação a configuração subjetiva da obrigação anterior. O devedor contrai, assim, uma nova obrigação perante o credor, em substituição da anterior (artigo 857.º), com fonte jurídica diversa¹³¹. A obrigação tem de ser nova, não bastando que se trate de modificação da obrigação anterior¹³².

Para saber se as partes se mantêm vinculadas à arbitragem, é necessário interpretar o acordo relativo à novação, concluindo se à nova obrigação se aplica a convenção de arbitragem, por esta se manter em vigor no âmbito da relação contratual ou por as partes o estipularem, ou se esta desaparece com o desaparecimento da anterior obrigação. No primeiro caso, a novação não afeta a convenção de arbitragem, ao contrário do que sucede no segundo caso, em que as partes deixam de estar vinculadas pela convenção.

¹³¹ Luis Menezes Leitão, *Direito das Obrigações – Vol. II*, 2003, p. 201.

¹³² Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado – Vol. II*, 1997, p. 144.

A questão resolve-se, portanto, tendo em atenção as declarações das partes, as quais devem ser interpretadas nos termos gerais.

Na novação subjetiva verifica-se uma substituição do credor ou do devedor por um terceiro, constituindo-se em qualquer dos casos uma nova obrigação (artigo 858.º do Código Civil). A extinção da obrigação anterior constitui um elemento essencial desta figura¹³³.

Pode tratar-se da substituição do credor, obrigando-se o devedor perante o novo credor por uma nova obrigação, ou do devedor, contraindo o novo devedor uma nova obrigação perante o credor, exonerando-se o antigo devedor.

Com a extinção da anterior obrigação, extinguem-se igualmente todos os elementos ligados a esse crédito¹³⁴, incluindo eventual convenção de arbitragem a este associada¹³⁵.

Se as partes assim o entenderem, podem estipular que a nova obrigação seja associada a uma convenção de arbitragem, distinta da convenção anterior, à qual fiquem vinculadas as novas partes da relação.

5.3.6.2. Contrato a favor de terceiro e a favor de pessoa a nomear

No contrato a favor de terceiro, o terceiro adquire o direito à prestação convencionada entre promitente e promissário (artigo 444.º, n.º 1, do Código Civil). O cumprimento da promessa pode ser exigido quer pelo terceiro beneficiário quer pelo promissário, parte do contrato celebrado (artigo 444.º, n.º 2).

Tal como em relação a qualquer outro contrato, existindo cláusula compromissória no contrato a favor de terceiro, torna-se necessário interpretar os seus termos para determinar quem está vinculado. A convenção de arbitragem pode ter como objeto apenas os litígios emergentes da relação entre promitente e promissário ou, como se deverá presumir, todos os litígios resultantes do contrato, incluindo-se assim no seu âmbito o beneficiário.

É possível que, nas negociações para a celebração de um contrato a favor de terceiro, o promitente e o promissário acordem que qualquer litígio relativo ao negócio deve ser resolvido através de arbitragem,

¹³³ Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral – Vol. II*, 2007, p. 231.

¹³⁴ Menezes Leitão, *Direito das Obrigações – Vol. II*, 2003, p. 206, refere que a lei determina que “salvo convenção em contrário, o novo crédito não recebe as garantias relativas à obrigação antiga (...), nem lhe podem ser opostos os meios de defesa desta”.

¹³⁵ Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 94.

correspondendo esta convenção a um interesse específico de um deles ou de ambos. Nada impede a validade desta cláusula, uma vez que apenas vincula essas duas partes.

Poderia, porém, contrapor-se com a eficácia relativa dos contratos (artigo 406.º n.º 2 do Código Civil), nos termos do qual o terceiro beneficiário não pode ficar vinculado por uma convenção de arbitragem na qual não participou.

No entanto, este obstáculo pode resolver-se ao nível da adesão ou recusa da promessa. Apesar de o terceiro adquirir o direito à prestação independentemente de aceitação, isto não significa que tenha aderido à promessa. Só a partir do momento em que adere à promessa, conhecendo a cláusula compromissória a ela associada, fica por esta vinculado, devendo necessariamente ser demandado por via de um processo arbitral. No caso de a promessa não ser cumprida, o terceiro também fica, se assim tiver sido estipulado por promitente e promissário, vinculado a dirimir o litígio por arbitragem. Não o querendo fazer, não pode exigir o cumprimento da promessa, o que equivale, em termos práticos, a uma rejeição.

Em sentido contrário, defende-se por vezes que o contrato a favor de terceiro apenas confere ao terceiro o direito de exigir o cumprimento da promessa, não abrangendo qualquer outro direito nem impondo qualquer situação de sujeição, como a resultante da vinculação a uma convenção de arbitragem¹³⁶. Esta conclusão não pode ser aceite, no que respeita à convenção de arbitragem, pois limitar-se-ia assim, sem qualquer razão atendível, a liberdade contratual das partes, soberanas quanto aos contornos da promessa. Se estas querem, no momento em que projetam o contrato, que qualquer litígio seja resolvido pela via arbitral, trata-se aqui de um elemento indissociável do direito do beneficiário, não fazendo sentido que este possa depois recorrer aos tribunais judiciais, em sentido contrário da vontade manifestada por promitente e promissário¹³⁷.

¹³⁶ Assim em Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, 2006, pp. 142 e 143, mas revendo a posição em Carla Gonçalves Borges e Ricardo Neto Galvão, *A Extensão da Convenção de Arbitragem a Terceiros Não Signatários*, 2013, p. 128.

¹³⁷ Neste sentido, Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 94, defende que “a cláusula compromissória que, sem distinção das pessoas a quem se aplica, esteja inserida em contrato a favor de terceiro vale também para o terceiro, tenha este aderido ou não ao contrato, uma vez que, em ambas as hipóteses, ele assume uma posição jurídica delineada com os precisos contornos da estipulação contratual”.

No contrato para pessoa a nomear, uma das partes reserva o direito de nomear um terceiro que assumirá a sua posição contratual (artigo 452.º, n.º 1, do Código Civil).

As partes podem acordar uma cláusula compromissória e definir os seus termos. Podem, por exemplo, restringir a sua eficácia ao caso de o direito de nomear um terceiro não ser exercido, caso em que os efeitos da cláusula não se estendem ao terceiro entretanto nomeado.

Não restringindo as partes a eficácia da convenção de arbitragem nos termos referidos, a convenção de arbitragem vincula o terceiro nomeado, uma vez que este adquire os direitos e assume as obrigações provenientes do contrato, nos termos do artigo 455.º, n.º 1 CC¹³⁸.

Se o terceiro não quiser ficar vinculado pela convenção de arbitragem, não deve ratificar o contrato, mantendo-se este com as partes originárias. Se quiser ser nomeado, mas sem a convenção de arbitragem, terá de negociar com o outro contraente a sua exclusão, mas já se estará então face a negócio distinto.

5.3.6.3. Garantia das obrigações

Em sede de garantia das obrigações, também se pode colocar o problema da extensão da convenção de arbitragem a terceiros.

Com efeito, em sede de garantia geral das obrigações, o Código Civil prevê várias formas de o credor se defender de práticas ativas ou omissivas do devedor das quais possa resultar uma diminuição do seu património e consequentemente uma mais difícil satisfação do crédito.

O problema pode igualmente ser discutido em relação à extensão da convenção a outros garantes, como o fiador ou certas garantias bancárias, sendo também discutida, em especial na arbitragem internacional, a participação no processo de sociedades em relação de grupo ou, em geral, por força da aplicação do princípio da boa fé.

Qualquer credor pode invocar a nulidade de atos praticados pelo devedor, bastando para tal um interesse nessa declaração de nulidade (artigo 605.º do Código Civil). Note-se que esta norma não acrescenta muito em relação ao regime geral do artigo 286.º do Código Civil¹³⁹, que

¹³⁸ Neste sentido, Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, 2006, p. 143, defende que, "depois da nomeação, [...] o contraente passa a ser a pessoa nomeada, adquirindo os direitos e assumindo as obrigações provenientes do contrato, o que abrange naturalmente também a convenção de arbitragem eventualmente incluída no contrato".

¹³⁹ Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral – Vol. II*, 2007, p. 434.

também estabelece que qualquer interessado pode invocar a nulidade de um negócio jurídico.

Se o contrato em causa contiver uma convenção de arbitragem, admitamos que válida¹⁴⁰, coloca-se a questão de saber se o credor (ou qualquer outro interessado) tem de respeitar essa convenção de arbitragem e, em reflexo, se pode ser invocada a exceção de preterição de tribunal arbitral caso a ação seja proposta num tribunal judicial.

A resposta para esta questão deve ser negativa. O credor não é parte do contrato celebrado, nem se encontra vinculado a atuar em relação àquele contrato nos termos definidos por outros, pelo que a convenção de arbitragem não se estende a si. O direito exercido pelo terceiro não tem sequer origem contratual, mas legal, pelo que não há qualquer razão para lhe estender a convenção de arbitragem.

No que respeita à impugnação pauliana (artigos 610.º a 618.º do Código Civil), a resposta parece mais simples, no sentido de que o credor não se encontra vinculado pela convenção de arbitragem inserida no contrato celebrado entre o devedor e o terceiro.

Com efeito, o credor não exerce neste caso um direito do devedor, resultante de uma qualquer vicissitude no contrato por este anteriormente celebrado. O ato que envolve a diminuição da garantia patrimonial, requisito do instituto a par da anterioridade do crédito¹⁴¹, pode ser válido e ainda assim o credor, por direito próprio, impugná-lo ao abrigo das normas indicadas. A ação pauliana só pode, assim, ser objeto de decisão por arbitragem no caso de existir compromisso neste sentido entre o credor e o terceiro adquirente, partes necessárias na ação¹⁴².

O problema também se coloca no que respeita aos efeitos da sub-rogação do credor ao devedor (artigos 606.º a 609.º do Código Civil), meio de conservação da garantia patrimonial, que não se confunde com

¹⁴⁰ O artigo 18.º, n.º 3, da LAV determina a autonomia da convenção, estabelecendo que "A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica, só por si, a nulidade da cláusula compromissória". De qualquer forma, a decisão sobre a competência cabe ao próprio tribunal arbitral, nos termos do n.º 1 do artigo referido, devendo ser este a apreciar a validade da convenção de arbitragem ou do contrato.

¹⁴¹ Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral – Vol. II*, 2007, pp. 447 e 449.

¹⁴² Não existe litisconsórcio necessário passivo entre devedor e terceiro adquirente na impugnação pauliana, pelo que o terceiro adquirente é o réu (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de dezembro de 1991, Processo n.º 081496).

a figura da sub-rogação pelo credor ou pelo devedor, já tratada, que consubstancia uma alteração da configuração subjetiva da relação.

Nos termos do artigo 606.^o, no caso de o devedor não exercer determinados direitos contra terceiro, por exemplo não exigir a satisfação de um crédito ou não contestar a existência de um crédito, e esse não exercício de direitos afetar a satisfação ou a garantia de um direito do credor, este pode substituir-se ao devedor no seu exercício.

Se existir convenção de arbitragem na relação entre devedor e terceiro, coloca-se a questão de saber se a substituição do devedor pelo credor no exercício do direito implica o respeito por essa convenção.

A questão pode ser vista de dois prismas. Por um lado, o credor não está vinculado pela convenção de arbitragem, nem tem ou pretende ter qualquer ligação direta ao contrato celebrado, embora o seu interesse corresponda ao interesse inicialmente traçado pelo sub-rogado. Por outro lado, o credor exerce um direito que não é propriamente seu, sendo essencialmente do devedor¹⁴³, configurado por este e pela outra parte do contrato¹⁴⁴.

Esta última posição parece-nos melhor. Havendo uma substituição em termos jurídicos deve entender-se que o credor se encontra vinculado a exercer o direito ou a contestar a existência da dívida nos exatos termos que o devedor o poderia fazer. O que significa que, se existir convenção de arbitragem, esta mantém os seus efeitos.

O problema da extensão da convenção de arbitragem a terceiros também se pode colocar no que respeita à fiança, nomeadamente para saber se o fiador fica vinculado pela cláusula compromissória que não subscreveu constante do acordo entre credor e devedor.

Esta situação não se confunde com aquela, já analisada, em que o fiador cumpre a obrigação, ficando sub-rogado nos direitos do credor. Neste caso, por efeito da sub-rogação, o fiador fica perante o devedor numa posição jurídica semelhante à do credor originário, adquirindo os seus direitos e deveres, pelo que pode, em regra, invocar a convenção de arbitragem,

¹⁴³ Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral – Vol. II*, 2007, p. 434. Segundo Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 2000, p. 781, “o credor age na qualidade de representante ou substituto legal do devedor”. Neste sentido, v. também Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações – Vol. II*, 2003, p. 287.

¹⁴⁴ Por esta razão, Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, 2006, p. 141, considera que “o credor terá que seguir a via arbitral, tal como aconteceria se o procedimento fosse iniciado pelo devedor”.

assim como esta pode ser contra si exercida. Excetua-se o caso de existir convenção prévia em contrário entre credor e devedor ou de a cláusula arbitral ter, na relação jurídica concreta, carácter pessoal.

No que respeita à convenção de arbitragem constante apenas do contrato entre credor e devedor, não há, em princípio, extensão ao fiador, terceiro em relação a essa convenção¹⁴⁵. Com efeito, a fiança tem de resultar sempre de um negócio, o qual pode ser entre o credor e o fiador ou entre o devedor e o fiador¹⁴⁶. É no âmbito da relação com o fiador que a convenção de arbitragem deve ser negociada. O fiador só fica vinculado por uma cláusula arbitral se existir consentimento, ou seja, se esta constar do conteúdo do contrato de fiança por si celebrado, podendo a referência ser direta ou resultar de remissão para um documento em que uma convenção esteja contida, nos termos gerais do n.º 2 do artigo 4.º da LAV, por exemplo, o contrato garantido.

A hipótese da remissão será a que provavelmente mais se colocará – mais à frente voltaremos a ela.

Esta conclusão vale igualmente para um co-devedor ou garante de uma das partes da convenção de arbitragem¹⁴⁷. Haverá extensão da convenção caso se apliquem as regras da celebração por remissão.

A extensão da convenção a terceiros em caso de garantias tem levantado sobretudo polémica no que diz respeito às garantias prestadas por Bancos. A situação, muito comum, é a seguinte: A e B concluem um determinado contrato que contém uma cláusula compromissória; em simultâneo B celebra com um Banco um contrato de garantia que não inclui qualquer cláusula arbitral. Estará o Banco sujeito à convenção se o litígio necessitar da sua intervenção?

A jurisprudência internacional tem chegado a conclusões diversas: a *Cour de Cassation* francesa deu resposta negativa por aplicação da eficácia relativa dos contratos; o *Court of Appeals for the Fourth Circuit* norte-americano, assim como um tribunal de recurso sueco, impuseram ao

¹⁴⁵ Carlos Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 94, defende que não faz sentido estender a convenção de arbitragem “ao fiador ou a outro garante de qualquer dos signatários”.

¹⁴⁶ Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral – Vol. II*, 2007, p. 486.

¹⁴⁷ Carlos Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 94.

Banco a arbitragem, baseando-se antes na identidade dos direitos e deveres do garante e do garantido.¹⁴⁸

A solução do problema, à luz do nosso direito positivo, mantém-se: a exata interpretação da vontade das partes determinará se houve ou não remissão do garante para a cláusula constante do contrato principal. Se essa remissão existir, a convenção de arbitragem é extensível ao garante, se não, não é.

O problema da extensão da convenção de arbitragem a terceiros ou, com mais rigor, a pessoas que não constam, formalmente, como contraentes, também se coloca nos casos em que várias sociedades, ou uma sociedade e uma pessoa singular, atuam em conjunto como parte, num ou em vários contratos, mas nem todas são referidas na convenção de arbitragem (ou até nos próprios contratos)¹⁴⁹.

Na doutrina e na jurisprudência norte-americanas fala-se a este propósito da *veil-piercing theory* ou da *alter ego theory*¹⁵⁰. A primeira consubstancia situações que se encontram no limite da fraude¹⁵¹, uma vez que o objetivo passa por apenas incluir no contrato – e na convenção de arbitragem – uma sociedade com menor capacidade financeira ou responsabilidade mais limitada, assim restringindo a capacidade da outra parte de obter a satisfação da sua pretensão. Na segunda, o aspeto essencial da análise consiste na determinação da possibilidade de extensão a todas as pessoas envolvidas no negócio da convenção de arbitragem na qual só uma aparece – formalmente – como contraente.

A inclusão fictícia de uma sociedade no contrato com o objetivo de não envolver no negócio, em caso de litígio, a sociedade ou as sociedades que verdadeiramente atuam como parte poderá ser contrária ao princípio da boa fé, justificando o recurso à figura do levantamento da personalidade coletiva¹⁵².

¹⁴⁸ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, pp. 129 e 130.

¹⁴⁹ A questão só se coloca se as entidades em causa tiverem personalidade jurídica separada, uma vez que, se se tratar da mesma sociedade, esta fica globalmente vinculada pela convenção de arbitragem, nos termos gerais. Fouchard, Gaillard e Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 282.

¹⁵⁰ Alexandra Anne Hui, *Equitable Estoppel and the Compulsion of Arbitration*, 2007, p. 723.

¹⁵¹ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 44.

¹⁵² V., por todos, Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, 2006, p. 147. A autora defende (p. 148) que, “se quem assina o contrato, que inclui a

Esta questão tem sido intensamente discutida a nível internacional a propósito do caso *Dallah*, nome de uma empresa saudita que negociou com o Ministério dos Assuntos Religiosos do Governo paquistanês a celebração de um contrato com vista à aquisição de terrenos em Meca e construção de imóveis para hospedar peregrinos paquistaneses. Na sequência de um memorando de entendimento entre estas duas partes, o presidente do Paquistão instituiu um *trust* para o seguimento do negócio, o qual deixou de ter existência jurídica por via da não aprovação de decreto presidencial pelo Parlamento, exigida pela constituição do Paquistão. Entretanto, tinha sido celebrado um contrato entre o *trust* e a *Dallah* para dar cumprimento ao memorando de entendimento, contrato contendo uma cláusula compromissória.

O tribunal arbitral, a funcionar sob a égide da CCI, considerou que o Governo paquistanês, apesar de não ser parte do contrato, se encontrava vinculado pela convenção, tendo sido condenado. A *Dallah* quis executar a decisão em Inglaterra e em França, tendo os tribunais destes dois países decidido em sentido contrário, apesar de ambos terem aplicado o direito francês.

O *Supreme Court of the United Kingdom*, em decisão de 3 de novembro de 2010¹⁵³, concluiu, em primeiro lugar, que a convenção de arbitragem não vinculava o Governo paquistanês, uma vez que este não era parte da convenção nem se tornou parte, posteriormente, com a dissolução do *trust*. A análise passou, em segundo lugar, por aplicar o *test of common intention*, para saber se a vontade das três partes relevantes para o efeito (*Dallah*, *trust* e Paquistão) apontava no sentido de um acordo de que o não-signatário era de facto parte da convenção. O tribunal concluiu que não resultava claro da conduta das partes essa intenção comum, pelo que não reconheceu a decisão arbitral.

cláusula compromissória, é um mero «testa-de-ferro» do verdadeiro beneficiário do negócio, que posteriormente vai participar ativamente na execução do negócio e, eventualmente, controlá-lo desde o início, deve considerar-se, no caso de emergir um litígio com a contraparte neste contrato, que esta deve poder demandar o verdadeiro beneficiário, que deve ser considerado uma parte no negócio”. Segundo Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 204, “a desconsideração da personalidade jurídica só tem, praticamente, sido julgada relevante nos casos de negócios fraudulentos, abuso de direitos ou de violação de normas próprias do mandato”.

¹⁵³ Disponível em http://www.arbitration-icca.org/media/0/12996309461120/dallah_real_estate_v_ministry_of_religious_affairs.pdf.

Já a *Cour d'Appel de Paris*, a 17 de Fevereiro de 2011¹⁵⁴, considerou que o Governo paquistanês, através do Ministério dos Assuntos Religiosos, “se comportou como se o contrato fosse seu; que esta intervenção [...], tal como o seu comportamento aquando das negociações pré-contratuais confirmam que a criação do trust era puramente formal e que o Governo paquistanês [...] se comportou como verdadeira parte paquistanesa na operação económica”. Segundo o tribunal francês, o Governo paquistanês encontrava-se assim vinculado pela convenção de arbitragem, tendo em conta o seu comportamento antes da celebração do contrato e após a celebração do mesmo.¹⁵⁵

A *veil-piercing theory* e a *alter ego theory* podem levantar, no entanto, uma questão mais complexa, que diz respeito ao carácter formal da convenção de arbitragem. Exigindo a LAV que esta seja reduzida a escrito ou, pelo menos, conste de troca de documentos que contenham ou remetam para uma convenção de arbitragem, importa perceber em que termos é possível estender a sua aplicabilidade a uma parte em relação à qual este requisito não se encontra cumprido.

Em primeiro lugar, como se refere de seguida a propósito da aplicação do princípio da boa fé, é possível recorrer ao abuso de direito, nomeadamente à figura das inalegabilidades formais, sempre que se conclua que o comportamento da parte é orientado no sentido de aceitar a validade do contrato em que se insere a cláusula compromissória, encontrando-se portanto vinculado a ele como se o tivesse subscrito¹⁵⁶. Se a parte que invoca o vício de forma contribuiu deliberadamente para esse vício, contra o princípio da lealdade nas relações entre as pessoas, a resposta deve ser idêntica.

Em segundo lugar, o contrato deve ser interpretado como um todo, pelo que, se a análise dos elementos relevantes das negociações, nomeadamente troca de cartas ou mensagens de correio eletrónico, revelar que várias sociedades ficaram vinculadas ao negócio pelas suas declarações contratuais, expressando assim o seu consentimento, ainda que tacita-

¹⁵⁴ Disponível em <http://arbitration.practicallaw.com/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1247524188986&ssbinary=true>.

¹⁵⁵ Para uma descrição detalhada dos factos, ver Sofia Martins, *Arbitragens Complexas: um Comentário ao Caso Dallah*, 2012, p. 38-42.

¹⁵⁶ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 47, defende que uma sociedade pode ficar vinculada se o “seu comportamento demonstrar um virtual abandono da situação de separação” em relação à outra empresa do grupo.

mente¹⁵⁷, essa vinculação estende-se naturalmente à convenção de arbitragem. Aplicam-se neste contexto os princípios gerais, sendo a tarefa interpretativa fundamental para determinar quem é que, em concreto, é parte de um contrato.

Fora destes casos, é difícil sustentar a vinculação de um terceiro, mesmo que se trate de uma sociedade em relação de grupo, uma vez que essa proximidade não é requisito suficiente para a extensão da convenção de arbitragem¹⁵⁸.

A propósito do problema das arbitragens complexas, é comum a referência à figura do *equitable estoppel*, utilizada no domínio da arbitragem nos sistemas jurídicos de *common law*, em especial no direito norteamericano¹⁵⁹. Trata-se de um princípio jurídico, segundo o qual uma pessoa não pode ter um comportamento contraditório em prejuízo de outrem.

Na forma como tem sido desenvolvida pela jurisprudência norteamericana, esta doutrina tem duas vertentes, podendo ser invocada (i) pelo signatário, forçando um não-signatário à arbitragem, ou (ii) por um não signatário, no sentido de forçar um signatário a aceitar a arbitragem¹⁶⁰.

Na primeira, a tradicional, procura impedir-se que a parte que não assina a convenção de arbitragem, mas tem um comportamento no sentido de beneficiar direta ou indiretamente da relação em causa, possa invocar posteriormente a sua condição de não-signatário. A segunda vertente do *equitable estoppel* permite a um não-signatário que tenha uma relação de proximidade com a situação a imposição da arbitragem, mesmo inexistindo qualquer relação contratual entre ambos¹⁶¹. Basta, segundo esta doutrina,

¹⁵⁷ Fouchard, Gaillard e Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 284, alertam para a relevância do consentimento, salientando que a extensão da convenção de arbitragem a uma sociedade do grupo pode ser revelada tacitamente por um “envolvimento na negociação ou no cumprimento do contrato”. Como refere Manuel Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 200, “quanto maior e mais íntimo tiver sido o envolvimento das sociedades de grupo não signatárias no contrato maiores são, conseqüentemente, as possibilidades de se justificar a extensão a elas da convenção de arbitragem”.

¹⁵⁸ Neste sentido, Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 197, refere que “o grupo de sociedades não constitui, só por si [...], um elemento decisivo”.

¹⁵⁹ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, pp. 20 e 21; Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, 2006, p. 143.

¹⁶⁰ Robert M. Hall, *Equitable Estoppel: Binding Nonsignatories to Arbitration Clauses*, in <http://www.robertmhall.com/articles/EquitableEstopArt.pdf>, p. 1.

¹⁶¹ Alexandra Anne Hui, *Equitable Estoppel and the Compulsion of Arbitration*, 2007, p. 714. A autora critica, no entanto, o alcance desta segunda vertente do princípio.

que exista uma atuação concertada entre o terceiro não-signatário e uma das partes signatárias do contrato¹⁶².

Nos direitos da família romano-germânica, no caso de a vinculação não resultar de alguma das figuras anteriormente estudadas, nomeadamente no que respeita à posição do beneficiário no contrato a favor de terceiro, parte destas questões pode ser resolvida com recurso à figura do abuso de direito, na medida em que impõe um comportamento das partes segundo a boa fé¹⁶³.

Conforme o caso, pode verificar-se o enquadramento numa das figuras típicas do abuso de direito, podendo estar em causa uma situação de inalegabilidade formal, por o não-signatário se ter comportado como se a convenção de arbitragem tivesse sido validamente celebrada¹⁶⁴, de *tu quoque*, se a nulidade tiver sido causada pelo não-signatário que a invoca, ou de *venire contra factum proprium*, tendo em conta atuação contraditória da parte que invoca ou afasta a convenção de arbitragem¹⁶⁵.

¹⁶² Frank LaForge, *Inequitable Estoppel: Arbitrating with Nonsignatory Defendants Under Grigson v. Creative Artists*, 2005, p. 226. Pense-se no exemplo, dado por este autor, em que A celebra um contrato com B, com convenção de arbitragem, vindo depois C convencer A a contratar consigo, incumprindo o contrato com B. B pretende ser indemnizado por C. Segundo esta segunda vertente do princípio do *equitable estoppel*, C pode invocar a convenção de arbitragem. O autor considera (p. 228) que se trata de “*um dramático e desnecessário afastamento das regras relativas ao contrato e à responsabilidade civil, que pode levar a resultados injustos*”.

¹⁶³ Em geral, Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 28, refere que a figura do *estoppel* “*não faz parte da tradição legal da Europa continental*”, embora raciocínio próximo resulte da teoria da boa fé. Fouchard, Gaillard e Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 257, aludem a um princípio de interpretação da convenção segundo a boa fé. No sentido do texto, com referência ao regime português, v. Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, 2006, p. 143.

¹⁶⁴ Aliás, o artigo 21.º, n.º 3, da LAV deve ser interpretado no sentido de que a participação no processo arbitral, sem invocação da invalidade da convenção de arbitragem na defesa, preclui a sua invocação posterior. Raúl Ventura, *Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais*, 1986, p. 41, defende que esta doutrina não tem “*possibilidade de aplicação à falta de forma da convenção de arbitragem*”. Não nos parece que esta restrição seja adequada, até porque o requisito de forma serve, neste caso, essencialmente para proteção exclusiva das partes. Se estas atuam como se existisse convenção de arbitragem, o seu interesse encontra-se salvaguardado se o litígio for submetido a arbitragem. No momento em que o litígio já existe é ainda mais seguro a desnecessidade de proteção. Não só porque as partes podem sempre celebrar compromisso arbitral, como também porque a sua recusa em suscitar a questão da falta de jurisdição do tribunal arbitral é suficiente para a sua sanção.

¹⁶⁵ Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, 2006, pp. 144 e 145. Sobre estes e outros exercícios inadmissíveis de um direito, em geral, v. António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 1997, pp. 719 e seguintes.

O abuso de direito funciona aqui através da paralisação da invocação da incompetência do tribunal arbitral ou da defesa contra a exceção de preterição do tribunal arbitral voluntário, conforme, respetivamente, a ação tenha sido proposta no tribunal arbitral ou no tribunal judicial.

Saliente-se, contudo, que a segunda vertente do princípio do *equitable estoppel*, conforme definida pelos tribunais norte-americanos, e criticada, como se viu, por parte da doutrina, não nos parece de aceitar na sua plenitude no direito português, uma vez que a natureza contratual constitui um elemento essencial da arbitragem. Esta vertente da *equitable estoppel* não só ultrapassa a eficácia contratual, como não se enquadra nas respostas conhecidas do abuso de direito, que paralisam o seu exercício quando se preenchem certos requisitos. Nesta regra o que se verifica é o exercício do direito por quem não o tem, o que não se vê como seja possível enquadrar juridicamente no nosso ordenamento jurídico.

5.3.6.4. Contratos múltiplos: extensão por remissão

Até agora temos discutido casos de sucessão de contratos com modificações subjetivas ou objetivas que caem no âmbito dos tipos qualificados no nosso direito positivo. No entanto, subsistem outras situações de sucessão ou contemporaneidade de contratos que fogem àquelas qualificações típicas.

Este problema tem sido tratado sob a nomenclatura dos contratos múltiplos (*multicontract*) ou grupos de contratos (*groups of contracts*), definindo-se estes grupos através da sua unidade ou relação económica ou dependência funcional. O problema que se coloca é o da possibilidade de, surgido um litígio, poderem várias partes figurar numa mesma arbitragem. Ou, ainda, o problema de saber se, surgido um litígio entre as partes que celebraram diversos contratos em simultâneo e apenas em um deles constar uma cláusula compromissória, ser possível tratar os vários objetos negociais numa única arbitragem.

A doutrina tem tentado diversas abordagens, como a distinção entre tipos de relações contratuais, por exemplo, contratos complementares, contratos sucessivos, contrato principal e subcontrato, contrato principal e contrato acessório; ou contratos ligados por um fim comum; e contratos que se substituem ou se alteram em períodos de tempo sucessivos.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 102.

A melhor solução para situações deste género é preventiva: a redação de uma cláusula arbitral suficientemente ampla para permitir às partes não só entrarem em processos arbitrais contra cada um dos diversos contraentes, mas também permitirem resolver de uma vez só todos os litígios que possam resultar dos diversos contratos. Bernard Hanotiau reproduz, aliás, algumas destas convenções "complexas" em anexo à sua obra sobre arbitragens complexas.¹⁶⁷ A mera leitura do texto das cláusulas compromissórias permite uma exata compreensão dos problemas que este tipo de arbitragem levanta.

Não existindo porém esta cláusula nas relações contratuais em jogo, a questão mantém-se, sendo necessário encontrar uma solução face ao direito português. É importante repetir que muitas das possíveis situações de grupos de contratos já foram anteriormente analisadas – a cessão da posição contratual, a cessão de crédito, a novação, etc., são também situações de contratos múltiplos, estes sucessivos no tempo; a fiança ou outras garantias, situações de contrato principal e acessório.

Na verdade, o problema que resta é tão só o da contemporaneidade exata ou quase de diversos contratos entre as mesmas ou diferentes partes. Por exemplo, um contrato de empreitada com diversos sub-contratos com sub-empregados. Acionado o empregado principal pelo dono da obra, poderá aquele pedir o chamamento dos outros, responsáveis subsidiariamente?

Esta é, antes de mais, uma questão de intervenção de terceiros e, por isso, processual¹⁶⁸; mas é também uma situação de extensão da convenção a esses terceiros e, por isso, material. Tratamos agora a questão nesta última vertente, deixando para mais tarde a processual.

A questão é bastante discutida na arbitragem a nível internacional, obrigando a doutrina e a jurisprudência a averiguar da compatibilidade das cláusulas e das relações contratuais.

A análise tem sido casuística, determinada por exemplos de casos discutidos em tribunal, em que se analisa a relação contratual e tipo de cláusulas compromissórias previstas.

¹⁶⁷ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, pp. 313 e seguintes.

¹⁶⁸ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 202.

Assim, por exemplo, Hanotiau, trabalhando a jurisprudência estadual e arbitral de diversos países, distinguiu três grupos de casos.

Um primeiro engloba as situações em que as partes são diferentes, mas os contratos contêm a mesma cláusula arbitral ou cláusulas arbitrais compatíveis. Há jurisprudência divergente quanto à possibilidade de demandar todos num mesmo processo arbitral, umas decisões aceitando essa cumulação e outras não.¹⁶⁹

Um segundo grupo engloba os casos de partes diferentes em que os contratos não contêm cláusulas idênticas ou compatíveis ou algum deles não contém cláusula arbitral. Nestes casos, em geral, não é aceite a extensão da convenção arbitral às relações contratuais conexas.¹⁷⁰

Uma terceira situação verifica-se quando as partes são as mesmas, os contratos entre elas são vários, um com cláusula compromissória, outro com cláusula de jurisdição estadual, outro ainda com cláusula compromissória incompatível com a primeira. A jurisprudência é, aqui, muita e tem-se orientado no sentido de admitir a extensão da convenção a todos os contratos quando entre eles existe uma forte conexão. É o que se passa quando um contrato tem origem noutra ou é complemento ou execução de um outro.¹⁷¹ Mas a conclusão depende da exata redação dos diversos contratos, pois se, por exemplo, um dos contratos contiver uma cláusula arbitral e outro uma de jurisdição estadual, a cumulação num único processo arbitral é já muito duvidosa.¹⁷²

Hanotiau acaba por concluir que a análise casuística é avessa a generalizações, sendo o foco de resolução a interpretação da vontade das partes e não a eficiência processual. Elemento importante da aferição da vontade das partes será a unidade dos vários textos contratuais, assim como o tratar-se de uma única transação económica.¹⁷³

É notório, por esta análise, que o problema dos contratos múltiplos redundará na interpretação da vontade das partes. Interpretação que pode

¹⁶⁹ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 109.

¹⁷⁰ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 114.

¹⁷¹ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 133.

¹⁷² Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 153.

¹⁷³ Hanotiau refere, ainda, que tem sido clara a tendência em admitir a possibilidade de analisar contratos não submetidos à jurisdição arbitral desde que incidentalmente, ou seja, enquanto elemento de decisão do problema contratual para o qual a competência do tribunal arbitral se encontra estabelecida.

assentar em alguns indícios – unidade contratual, unidade da transação económica – que fazem presumir a extensão da convenção, mas nunca permitem chegar a um critério generalizado. Dependerá sempre do caso concreto, da exata determinação da vontade das partes no contexto contratual específico.

É importante reforçar este aspeto que por vezes não é totalmente compreendido. O que está em causa, o que é necessário aferir, é se há acordo das partes quanto à celebração da convenção de arbitragem. Os critérios discutidos, entre os quais o da transação económica, representam tão só indícios da existência desse acordo de vontades.

Muito interessante neste âmbito é um caso recente tratado pela jurisprudência portuguesa, o Acórdão Intermarché.¹⁷⁴ As partes celebraram três contratos: um contrato de adesão, um contrato de uso de insígnia e um contrato de arrendamento. Apenas um continha convenção arbitral, enquanto os outros dois continham convenções de competência (para a comarca de Lisboa). A Relação de Coimbra, através de uma análise cuidada dos elementos de interpretação das partes entendeu que, apesar de se tratar de uma união de contratos dependente, não era possível estender a convenção arbitral a todos os contratos. Esta decisão – diretamente decorrente da vontade das partes – é acertada.¹⁷⁵

Mas estes são casos sempre difíceis de resolver, quer na teoria, quer na prática.

¹⁷⁴ Acórdão da Relação de Coimbra de 19 de dezembro de 2012, Processo n.º 477/11.8 TBACN.C1.

¹⁷⁵ O mesmo não pode, porém, dizer-se da solução que depois o Tribunal encontra. Segue a Relação de Coimbra dizendo que o tribunal judicial tem competência para decidir as questões relativas a todos os contratos, na medida em que o contrato em que constava a convenção arbitral (o contrato de insígnia) era incidental face às outras. Aplicando o artigo 92.º CPC (equivalente ao artigo 96.º aCPC), entende que o tribunal judicial tem competência plena para os litígios decorrentes de todos os contratos. Ora, basta ler os pedidos formulados na ação – desde logo, a nulidade de todos os três contratos – para perceber que tal questão não é incidental. Repare-se que, ainda nos termos do artigo 92.º CPC, as decisões sobre questões incidentais não fazem caso julgado, o que impediria, como pretende o tribunal, decidir de uma vez só este complexo litígio. Na minha opinião, o tribunal apenas poderia ter tomado uma de duas decisões: ou julgava a cláusula arbitral inválida (por se tratar, no fundo, de um único contrato, apenas parcialmente abrangido por ela); ou remetia para tribunal arbitral a parte do litígio abrangida pela convenção.

O problema é menos complexo quando exista remissão de um contrato para outro ou para uma convenção – aí aplica-se a teoria da incorporação por remissão.¹⁷⁶

A teoria da incorporação por remissão, designada em inglês por *incorporation by reference*, foi desenvolvida em especial no âmbito da arbitragem internacional, e determina que uma pessoa pode ficar vinculada à arbitragem se existir uma remissão para uma convenção de arbitragem constante de outro contrato, com configuração subjetiva ou material parcialmente diversa¹⁷⁷.

A nossa lei recebeu a teoria no artigo 2.º, n.º 4, da LAV¹⁷⁸, que estabelece “vale como convenção de arbitragem a remissão feita num contrato para documento que contenha uma cláusula compromissória, desde que tal contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo”. Portanto, é suficiente, face à lei portuguesa, um documento que remeta para uma convenção de arbitragem.

Não se exige sequer que a remissão seja feita diretamente para a convenção de arbitragem, pelo que pode ser suficiente a remissão genérica para um contrato¹⁷⁹, desde que seja respeitada a forma escrita.

A jurisprudência portuguesa não tem sido, porém, unívoca no que diz respeito à exata interpretação da incorporação por remissão. Analisamos três casos que são bons exemplos da dificuldade em encontrar critérios gerais nesta matéria.

Os factos discutidos no Caso Dação em Pagamento¹⁸⁰ configuram uma típica situação de contratos múltiplos. Em 8 de março de 2005, autora e ré celebraram um contrato-promessa de compra e venda relativo a

¹⁷⁶ Neste sentido, Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 29, refere que esta teoria “parece ser geralmente admitida pela lei ou jurisprudência dos países da Europa ocidental”.

¹⁷⁷ Alexandra Anne Hui, *Equitable Estoppel and the Compulsion of Arbitration*, 2007, p. 721; Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 29.

¹⁷⁸ Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, 2006, p. 146.

¹⁷⁹ Neste sentido, Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, 2005, p. 94, embora o autor refira que o ponto é controverso.

¹⁸⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), de 30 de setembro de 2010, Processo n.º 5961/09.1 TVLSB.L1-8; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de março de 2011, Processo n.º 5961/09.1 TVLSB.L1.S1. Cfr. anotação deste último em Mariana França Gouveia e Jorge Morais Carvalho, *Convenção de Arbitragem em Contratos Múltiplos*, 2011, p. 26-49.

dois prédios sitos no concelho de Loures. Desse contrato constava uma cláusula compromissória. Apenas um dia depois, a 9 de março de 2005, as partes celebraram os contratos de compra e venda relativos a esses prédios. Um deles foi vendido pelo preço de €15.000.000,00. Ainda no mesmo dia (9 de março), e partindo do pressuposto de que o terreno em causa era urbanizável, autora e ré outorgaram um contrato-promessa de dação em pagamento, mediante o qual a compradora ré em lugar dos €15.000.000,00 convencionados entregaria à autora 29,5% do que fosse edificado nos lotes resultantes do emparcelamento do prédio. No artigo 6.º deste contrato-promessa consta que *“as outorgantes assumem aqui expressamente as obrigações constantes do contrato-promessa de compra e venda entre elas celebrado em 8/3/2005, designadamente as que relevem da ali denominada Fase 2, contrato-promessa esse que é anexado ao presente”*.

Repare-se, pois, que estamos perante quatro contratos celebrados em dois dias: um contrato-promessa de compra e venda de dois prédios; as escrituras públicas de compra e venda; um contrato-promessa de dação em pagamento que remete para o contrato-promessa de compra e venda. Só o primeiro contrato contém convenção arbitral.

O litígio surge a propósito deste último contrato, o de dação em pagamento – a ré defende a extensão da convenção de arbitragem prevista no contrato-promessa de compra e venda, na medida em que o de dação em pagamento para ele remetia.

O Tribunal da Relação de Lisboa entende, porém, que não se pode entender que a convenção esteja abrangida pela remissão para o contrato. Nas suas palavras: *“Para que se pudesse levar em conta a existência de uma convenção arbitral, as partes teriam de a ter estabelecido no contrato-promessa de dação em pagamento. O contrato-promessa de compra e venda não tem assim autonomia, vigorando a par do contrato-promessa de dação em pagamento, caso em que teríamos dois contratos em vigor. O que se passa é que diversas obrigações do contrato de 8/3/2005 passam a integrar o contrato posterior por força da cláusula 6.ª deste. É o contrato-promessa de dação em pagamento que “absorve”, como dissemos, obrigações do contrato da véspera. E sendo assim, baseia-se a relação jurídica entre as partes no contrato de 9/3/2005 incluindo as obrigações constantes da sua cláusula 6.ª, que as partes não discriminaram especificadamente, preferindo remeter para o contrato onde se inseriam.”*

O raciocínio do Acórdão é, claramente, o de entender que o contrato em vigor é o último, estando o primeiro numa relação de acessoriedade e,

logo, apenas eficaz em relação à parte para a qual se concretamente remeteu (o modo de pagamento). A cláusula arbitral diria apenas respeito ao primeiro contrato-promessa.

O Acórdão foi, no entanto, revogado pelo Supremo Tribunal de Justiça. Entende o tribunal que, face ao princípio da competência da competência, consagrado no artigo 18.º, n.º 1, da LAV¹⁸¹, a questão da existência da convenção deve ser decidida pelo tribunal arbitral, exceto se a sua inexistência for manifesta e incontroversa, caso em que o tribunal judicial pode analisar a questão. Defende o tribunal que apenas lhe cumpre *“determinar se é manifesto e insuscetível de controvérsia séria e consistente a não aplicabilidade da convenção de arbitragem estipulada à relação contratual litigiosa – devendo, pelo contrário, em caso de dúvida fundada sobre o âmbito da referida convenção, serem as partes remetidas para o tribunal arbitral a que atribuíram competência para solucionar o litígio”*.

Ora, afirma o tribunal que, *“por um lado, a proximidade temporal (entre o 1.º contrato e os segundos apenas mediou 1 dia) e, por outro, a evidente conexão funcional e económica entre essas várias relações contratuais, bem expressas na «repristinção» e «absorção» do núcleo essencial das obrigações emergentes do 1.º contrato promessa, relativas ao loteamento e edificação a cargo da R., no âmbito da 2.ª promessa de dação em pagamento, torna-se perfeitamente plausível (apesar da autonomia jurídico-formal dos contratos) que a convenção de arbitragem estipulada se encontre incluída na ressalva operada pelo art. 6.º do referido contrato promessa de dação em pagamento: e, como atrás se referiu, basta essa plausibilidade de vinculação das partes à convenção de arbitragem estipulada, apurada através de um juízo perfunctório, para que, sem mais, cumpra devolver ao tribunal arbitral voluntário a prioritária apreciação da sua própria competência, procedendo, nessa medida, a exceção dilatória”*.

No segundo Caso, o Royalties¹⁸², em 18 de fevereiro de 1990, autora e ré declararam, recíproca e verbalmente, celebrar o acordo a que denominaram «Contrato de Licença e Distribuição», onde figuram como declarantes a ré e C. Esse documento contém uma convenção de arbitragem.

Coloca-se neste Acórdão simultaneamente um problema de forma e de remissão para outro contrato. O tribunal recorre a *“circunstâncias*

¹⁸¹ Artigo 21.º n.º 1 LAV 86.

¹⁸² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de outubro de 2003, Processo n.º 03B3145 (também designado por Nova Dehli). Cfr. Rute Santos, *Os Requisitos Formais e Materiais da Convenção de Arbitragem*, in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, 2011, pp. 167-199, p. 193.

convalidadoras” previstas no artigo 2.º, n.º 2, da anterior LAV, considerando que uma carta que, “já num ambiente litigioso, contém uma inequívoca remissão para o contrato assinado [...] por C”, tem “o mesmo valor formal que o documento escrito e assinado por ambos os contraentes”.

O preceito aplicável da anterior LAV tinha o seguinte texto: “Considera-se reduzida a escrito a convenção de arbitragem constante ou de documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telex, telegramas ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, quer esses instrumentos contenham diretamente a convenção, quer deles conste cláusula de remissão para algum documento em que uma convenção esteja contida.”

Accepta assim o Supremo Tribunal de Justiça que a incorporação seja feita por remissão, mesmo num caso em que o cumprimento do requisito de forma acaba por se verificar apenas já na fase do litígio.

A incorporação por remissão foi também expressamente reconhecida no Acórdão Unicre¹⁸³, um caso em que a autora acordou com a Unicre, ré, a cessação do seu contrato de trabalho. Nesse acordo de cessação constava a seguinte cláusula: “Com efeitos a partir do dia 1 de fevereiro de 2008, e em consequência deste acordo, o segundo contraente será considerado beneficiário do Fundo de Pensões Unicre, com todos os direitos e prerrogativas previstos nos respectivos Estatutos”. No contrato constitutivo do Fundo de Pensões Unicre estava prevista uma convenção de arbitragem.

O Tribunal afirma: “para que esta última parte [do n.º 2 do artigo 2.º da LAV] tenha algum significado útil, deve concluir-se que um terceiro relativamente a uma convenção de arbitragem fica vinculado à mesma se assinar um documento que remete para outro, mesmo que não subscrito por si, que contenha aquela convenção de arbitragem”.

O alcance da remissão depende da tarefa interpretativa¹⁸⁴, procurando saber-se se as declarações das partes apontam no sentido da inclusão da convenção de arbitragem no acordo¹⁸⁵.

¹⁸³ Acórdão do TRL, de 13 de janeiro de 2010, Processo n.º 373/09.0TTLSBL1-4.

¹⁸⁴ Raúl Ventura, *Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais*, 1986, p. 34, refere que “o problema básico é [...] de determinação da vontade das partes”.

¹⁸⁵ Segundo Fouchard, Gaillard e Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 278, “a existência e a extensão do consentimento devem ser interpretadas com recurso aos princípios gerais da interpretação de convenções de arbitragem, ou seja, nem de forma extensiva nem restritiva”. No sentido de que a convenção de arbitragem deve ser interpretada nos termos gerais, v. também João Calvão da Silva, *Convenção de Arbitragem – Algumas Notas*, 2007, p. 541.

Esta conclusão será mais simples no caso de as partes remeterem expressamente para convenção de arbitragem contida noutro documento contratual, mas não é necessário que o façam, apenas tornando com essa omissão mais complexa a tarefa do intérprete.

Nas restantes situações, a questão será solucionada caso a caso, consoante as circunstâncias concretas. Pensamos, porém, que se pode estabelecer uma presunção dessa extensão nas situações em que existem vários contratos com remissões. Presume-se, assim, que a remissão global para um contrato que contém uma convenção de arbitragem engloba essa convenção.

Esta questão não se confunde com a da admissibilidade de a convenção de arbitragem resultar de adesão a cláusula contratual geral imposta por uma das partes¹⁸⁶. A particularidade desta situação reside na rigidez da declaração contratual do predisponente e não na remissão para documento exterior ao acordo, característica da figura da incorporação por remissão. Podem, eventualmente, colocar-se as duas questões em simultâneo, se a cláusula contratual geral compromissória constar de um documento para o qual se remete, assinalando-se que esta remissão pode colidir, em concreto, com as regras de inserção de cláusulas contratuais gerais dos artigos 5.º a 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro¹⁸⁷.

5.3.6.5. Critérios gerais de extensão da convenção

Analisadas todas as situações que têm gerado discussão na doutrina e na jurisprudência, é importante procurar alguns critérios gerais que possam nortear a solução noutros casos não especificamente tratados.

A natureza contratual da convenção de arbitragem é a pedra de toque da resolução de todos os problemas da sua extensão. Interessa aferir a vontade das partes no momento da celebração do contrato e/ou da convenção arbitral. Para além desta vontade, é importante realçar a exigência legal de forma escrita a que a convenção está sujeita. Esta exigência justifica-se pela renúncia ao direito a acionar nos tribunais estaduais que a convenção

¹⁸⁶ Sobre este problema, v. Raúl Ventura, *Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais*, 1986; Dário Moura Vicente, *A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem*, pp. 996 a 999; Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, 2005, pp. 91 e 92.

¹⁸⁷ Isto apesar de que, como salienta Raúl Ventura, *Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais*, 1986, p. 36, “a lei portuguesa não estabelece qualquer requisito especial para a inserção da convenção de arbitragem”.

implica, mas ainda porque a dúvida sobre a exata jurisdição do tribunal arbitral é naturalmente fonte de discussão quando o litígio material já existe, devendo ser ao máximo evitada.

Tendo em mente estes pressupostos, podem estabelecer-se critérios gerais.

A convenção de arbitragem presume-se não celebrada *intuitu personae* e, portanto, é suscetível de transmissão como qualquer outra posição contratual, devendo, ainda, ser considerada como acessória do contrato, presumindo-se, assim, a sua transmissão sem prejuízo de esta poder ser expressa ou tacitamente excluída.

Este princípio aplica-se igualmente nas situações de substituição legal, como é o caso da sub-rogação do credor ao devedor. Noutras situações, designadamente de impugnação de atos por diminuição de garantia patrimonial, o terceiro não fica vinculado à convenção pois não há qualquer manifestação da vontade nesse sentido, nem sequer o objeto do litígio se pode considerar englobado na convenção.

Sendo a convenção de arbitragem um contrato, não lhe são diretamente aplicáveis as regras da cessão de crédito, sub-rogação ou transmissão de dívida, caso alguma destas figuras seja utilizada na relação contratual. Contudo, presumindo-se o carácter não pessoal da convenção, o crédito ou a dívida transmitem-se com ela, salvo convenção em contrário, aplicando-se analogicamente as normas dos respetivos regimes que determinam a transmissão de acessórios do direito ou da obrigação.

Outros casos de vinculação de terceiros pela convenção, como o levantamento da personalidade coletiva ou a incorporação por remissão, devem ser resolvidos segundo os princípios gerais de interpretação dos contratos, podendo justificar-se ainda pela aplicação da cláusula da boa fé. A extensão da convenção não tem aqui qualquer especialidade relativamente à extensão de outras posições obrigacionais.

Quanto à extensão objetiva, que foi analisada a propósito dos contratos múltiplos, a conclusão a tirar é equivalente: a extensão operará através de remissões de uns contratos para outros, sendo imprescindível interpretar-se a vontade das partes para determinar se a remissão existe e se, existindo, engloba a convenção de arbitragem. Caso exista remissão, deve entender-se, como princípio, que engloba a convenção arbitral. Será essa, por regra, a conclusão a retirar da vontade das partes, devendo ser ilidida pela parte que pretende demonstrar que a remissão não inclui a remissão.

5.4. Efeito positivo e negativo da convenção arbitral

a. A celebração de uma convenção de arbitragem faz nascer um direito potestativo de qualquer um dos subscritores do acordo em constituir o tribunal arbitral. Qualquer um dos contraentes pode dar início ao processo arbitral, obrigando a contra-parte a vincular-se às decisões desse tribunal. A recusa de uma das partes em participar no processo não impede o seu prosseguimento, assim como não evita que a parte não participante fique vinculada às decisões do tribunal arbitral.

Cada uma das partes adquire reciprocamente um direito potestativo e uma sujeição: não só tem direito a que o litígio seja resolvido por arbitragem, como assim fica obrigada se a parte contrária o quiser.¹⁸⁸⁻¹⁸⁹

Esta força potestativa da convenção de arbitragem é comumente designada como o seu efeito positivo. Mas os efeitos da convenção são ainda levados mais além: não só a parte interessada em iniciar o processo arbitral pode impor à outra a constituição desse tribunal, como pode vedar à contra-parte o recurso ao tribunal estadual. Se eventualmente esta propuser ação, poderá invocar a exceção de preterição de tribunal arbitral.¹⁹⁰

O novo Código de Processo Civil introduziu uma nova terminologia, mas sem qualquer alteração do regime da exceção. A exceção de preterição de tribunal arbitral gera agora incompetência absoluta, mas continua a não ser de conhecimento oficioso, conforme estipula o artigo 96.º b) CPC.

Esta nova denominação tem a vantagem de esclarecer que a exceção é de incompetência e não de litispendência, como até aqui era objeto de discussão¹⁹¹, embora tenha a desvantagem de jogar mal com uma eventual decisão do tribunal arbitral em sentido diferente do seu. Porque, repare-se, se é proposta ação no tribunal judicial e, alegada a convenção, este entende

¹⁸⁸ Carlos Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 93; João Luís Lopes dos Reis, *A Exceção da Preterição do Tribunal Arbitral (Voluntário)*, 1998, p. 1119; Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 165; Raul Ventura, *Convenção de Arbitragem*, 1986, p. 301.

¹⁸⁹ Este efeito não se verificará nas convenções celebradas por consumidores através de cláusulas contratuais gerais, caso se entenda, por interpretação do artigo 21.º h) LCCG, que o consumidor pode livremente optar entre os tribunais arbitrais ou judiciais. Cfr. *supra*, p. 130.

¹⁹⁰ Ferreira de Almeida, *Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos*, 2008, p. 93; Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 88; Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 168; Raul Ventura, *Convenção de Arbitragem*, 1986, p. 380.

¹⁹¹ Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 90.

que não é manifestamente inválida, declara-se incompetente e remete o processo para o tribunal arbitral. Este não fica vinculado àquela decisão, pelo que pode também declarar-se incompetente, remetendo as partes para o tribunal estadual, que já se havia declarado incompetente.

Independentemente desta dificuldade lógico-terminológica, não se coloca realmente a questão de litispendência ou de caso julgado na medida em que o problema é de jurisdição: ou quem tem competência para o litígio é o tribunal arbitral e o estadual não pode sequer analisar o caso; ou quem tem competência é o estadual e o processo segue. Esta questão tinha importância prática, porque a exceção de litispendência é de conhecimento oficioso e a de preterição de tribunal arbitral não.¹⁹² Assim, se não for invocada a exceção de preterição de tribunal arbitral, o tribunal estadual nada pode fazer. Estamos no âmbito da autonomia privada das partes – a não invocação da exceção equivale à revogação da convenção.

Esta conclusão é, do ponto de vista teórico, correta, mas pode causar dificuldades práticas em casos de atuação contraditória das partes. Imagine-se que, na pendência de uma ação arbitral, é instaurada uma ação estadual e o réu não invoca a exceção de preterição de tribunal arbitral. De acordo com a melhor teoria há revogação da convenção de arbitragem, cessando de imediato os poderes do tribunal arbitral. Ele não tem já jurisdição sobre o conflito, se prosseguir, as suas decisões serão inválidas por terem sido proferidas por tribunal incompetente.¹⁹³ O problema é que, ainda de acordo com a plena autonomia da vontade na celebração e na revogação da convenção de arbitragem, a incompetência tem de ser invocada (oportunamente) no processo arbitral para que possa, posteriormente em ação de anulação, ser seu fundamento (artigo 18.º n.º 4 LAV). A não alegação do vício de incompetência, gerada por inexistência ou invalidade da convenção de arbitragem, implica, como se referiu acima, a celebração de uma convenção tácita.

Não se conhece nenhum caso em que uma situação deste género tenha ocorrido. Ela resultaria, realmente, de uma atuação esquizofrénica de

¹⁹² Embora haja alguma jurisprudência que, contra a letra da lei, a conhece oficiosamente – cfr. algumas decisões citadas por Patrícia Guerra, *O Princípio da Autonomia do Tribunal Arbitral quanto à Apreciação da sua Jurisdição (a "Competência-Competência")*, 2010, p. 51.

¹⁹³ Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 90; Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 168.

ambas as partes. A sua solução não me parece óbvia – o problema continua a ser de jurisdição, não de litispendência. Mas talvez faça sentido, por razões práticas, privilegiar a jurisdição do tribunal (estadual ou arbitral) onde a ação foi primeiramente proposta. Não, repito, porque se trate de litispendência, mas porque, na falência de uma solução decorrente da posição teórica correta, este critério permite resolver o problema.

Este é, então, o efeito negativo da celebração de uma convenção de arbitragem: a possibilidade de o réu (na ação estadual) impedir que o tribunal estadual aprecie a ação. Colocam-se, porém, dúvidas sobre o âmbito de apreciação desta exceção.

Quando o juiz analisa a existência e validade da convenção deve analisá-la em profundidade ou somente absolver o réu da instância, assim que a exceção é alegada?

Para responder a esta questão é necessário referir o princípio da competência da competência do tribunal arbitral, nos termos do qual este tem competência para decidir da sua própria competência. Repare-se que, se a convenção de arbitragem é inválida, o tribunal arbitral não tem jurisdição sobre o litígio, o que, sendo invocado, afeta todas as suas decisões no decurso do processo arbitral.

Ora, invocando uma das partes (normalmente a demandada) a invalidade da convenção – e a consequente falta de jurisdição do tribunal arbitral sobre qualquer questão relativa ao litígio –, poderia questionar-se a competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre o que quer que fosse, começando, naturalmente, pela sua própria competência.

Não é, porém, esta a regra na arbitragem. Pelo contrário, é desde há muito reconhecida ao tribunal arbitral a competência para se pronunciar sobre a sua própria competência, o que vem sendo referido, em termos sintéticos, como o princípio da competência da competência, na sua vertente positiva.¹⁹⁴ Este reconhecimento é, aliás, essencial para que a parte interessada em prolongar a resolução do litígio não consiga, com esta invocação mesmo que sem fundamento, desaforar o tribunal arbitral.

A regra está consagrada no artigo 18.º n.º 1 LAV, numa formulação isenta de dúvidas.

¹⁹⁴ Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 133; Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 167.

O n.º 2 deste preceito consagra, ainda, a autonomia da convenção arbitral face ao contrato em que está inserida. Esta regra significa que a invalidade do contrato onde a cláusula está inserida não acarreta automaticamente a invalidade da convenção arbitral. Este efeito está explicitado no n.º 3 deste artigo 18.º. Não significa, repare-se, que ela seja sempre válida, apenas que o tribunal arbitral pode considerar o contrato inválido, mas a cláusula válida e, com isso, fazer prosseguir a ação arbitral.¹⁹⁵⁻¹⁹⁶

Na sua formulação positiva – o tribunal arbitral tem competência para apreciar a sua própria competência – o princípio da competência da competência não traz dificuldades de interpretação e de aplicação. Estas surgem, porém, quando se pretende aplicar o efeito reflexo aos tribunais estaduais. Esclarecendo, a questão em que agora se entra é a de saber se esta competência dos tribunais arbitrais de apreciação da sua competência é exclusiva, impedindo, portanto, os tribunais estaduais de apreciarem a competência daqueles.

Este problema subdivide-se em vários, exigindo alguma cautela na ponderação da solução. Antes de mais, há que distinguir três momentos de apreciação da incompetência: antes da propositura da ação arbitral, durante a pendência do processo arbitral e depois da prolação da sentença arbitral.

¹⁹⁵ Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 121.

¹⁹⁶ A LAV 86 consagrava a regra da autonomia da cláusula arbitral no artigo 21.º n.º 2, mas com um pormenor especial. Na sua parte final salvaguardava que a convenção seria nula quando se mostrasse que o contrato não teria sido celebrado sem a referida convenção. Esta norma colocava algumas dificuldades de interpretação, não tendo, aliás, paralelo em legislações estrangeiras. Só estavam em causa situações em que o contrato fosse inválido. Se este fosse válido e a convenção inválida, o tribunal arbitral não teria competência. Quando o contrato fosse inválido e a cláusula inválida, o problema não se colocava e o tribunal arbitral não teria igualmente jurisdição sobre o conflito. O problema existia apenas quando o contrato fosse inválido e a convenção válida. Neste caso, a regra era a da competência do tribunal, exceto se se provasse que o contrato não teria sido celebrado sem a convenção. Era necessário demonstrar que o contrato inválido só foi celebrado por causa da convenção de arbitragem (por sua vez válida). Se assim for, a convenção seria inválida e, logo, o tribunal arbitral incompetente. Esta consequência era um pouco estranha: embora a convenção arbitral tenha sido determinante para a celebração do contrato, esta acaba por não poder ser atuada. A nova LAV, como é natural, eliminou esta regra, consagrando com clareza o princípio da autonomia da cláusula arbitral face ao contrato em que está inserida (artigo 18.º n.ºs 2 e 3 LAV).

Se há dúvidas sobre a validade da convenção de arbitragem, que deve a parte-autora fazer: propor ação arbitral ou estadual?

Se optar por propor ação arbitral, o tribunal arbitral decidirá se é ou não competente. Se decidir que é competente, qualquer uma das partes pode impugnar a decisão no prazo de 30 dias perante o tribunal da relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem.¹⁹⁷

Alterou-se, assim, a norma da anterior lei que admitia apenas a impugnação a final da decisão de competência. A alteração seguiu a tendência internacional e justifica-se, no entender dos seus autores, por evitar desperdício de tempo e dinheiro. De facto, se a decisão de competência é incorreta e, por isso, justificar a anulação posterior da sentença, ter de se prosseguir um processo arbitral já condenado é contrário a uma gestão eficiente dos recursos. Por outro lado, ainda, este recurso imediato não pode ser utilizado como manobra dilatória, na medida em que não suspende a continuação do processo.¹⁹⁸ Não pode deixar de notar-se que os argumentos são em parte contraditórios, na medida em que o desperdício de dinheiro que se quis evitar se verifica com o prosseguimento do processo na pendência do processo arbitral.

Questão controversa na doutrina portuguesa é a de saber se este recurso preclui a posterior impugnação da sentença arbitral com este fundamento. A maioria da doutrina que se pronunciou sobre o tema (Robin de Andrade¹⁹⁹, António Sampaio Caramelo²⁰⁰ e Armindo Ribeiro Mendes²⁰¹) defenderam que a não impugnação no prazo de 30 dias impedia a posterior invocação do vício em ação de anulação. Já Pedro Siza Vieira, em anotação à LAV, defendeu tratar-se de mera faculdade da parte impugnante.²⁰²

¹⁹⁷ Artigo 18.º n.º 9 e artigo 59.º n.º 1 f) LAV.

¹⁹⁸ Anotação da Associação Portuguesa de Arbitragem ao artigo 18.º n.º 9, disponível em <http://arbitragem.pt/projectos/lav/proposta-de-lav-2011-notas.pdf>.

¹⁹⁹ Robin de Andrade, *Balanço de Um Ano de Vigência da Nova Lei de Arbitragem Voluntária*, 2013, ponto 9.

²⁰⁰ António Sampaio Caramelo, *A Competência da Competência e a Autonomia do Tribunal Arbitral*, 2013, p. 314.

²⁰¹ Armindo Ribeiro Mendes, *A Nova Lei de Arbitragem Voluntária e as Formas de Impugnação das Decisões Arbitrais (Algumas Notas)*, 2013, p. 741. O Autor refere porém que não lhe parece ser a boa solução.

²⁰² AA. VV., *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012, p. 44 (Pedro Siza Vieira).

A favor da preclusão, Sampaio Caramelo refere que é esta a solução do artigo 16.º da Lei Modelo, depois de aturado debate no seio do Grupo de Trabalho. Na sua opinião, esta regra é a mais conveniente, já que poupa tempo e dinheiro às partes ao evitar a continuação desnecessária do processo arbitral. Caso a situação seja a oposta, isto é, se a arguição da competência tiver como intuito obstruir a ação arbitral, sendo manifestamente improcedente, o tribunal arbitral pode decidir não suspender o processo, assim se resolvendo o problema da eventual interrupção que esta impugnação imediata poderia causar.

O Autor acrescenta, ainda, que o perigo da perturbação da arbitragem é diminuto com a fixação de um prazo curto de impugnação (30 dias), com o carácter definitivo da decisão do tribunal judicial e com a discricionariedade do tribunal arbitral quanto à suspensão ou prosseguimento do processo arbitral.²⁰³

Embora compreenda os argumentos do reputado Autor, entendo que esta não é a melhor solução para este problema²⁰⁴, essencialmente por razões práticas – que são, aliás, as que estão em discussão nos diferentes argumentários.

Parece-me que a vantagem eventual de uma impugnação imediata – a resolução precoce de um problema do processo arbitral – não joga bem com a normal demora dos nossos tribunais e pode, ao contrário do que os seus defensores pretendem, introduzir ainda maior complexidade no processo. Imagine-se que a parte impugna judicialmente em 30 dias e o tribunal decide prosseguir com o processo (aliás, nestes 30 dias já poderão ter sido praticados diversos atos, incluindo o início da produção de prova). Não é provável que a decisão judicial seja proferida antes da decisão arbitral – o tempo dos tribunais judiciais é, como sabemos pelas estatísticas oficiais, lento – pelo que é pouco provável que a decisão da questão preliminar seja anterior à decisão final pelo tribunal arbitral. Atente-se

²⁰³ António Sampaio Caramelo, *A Competência da Competência e a Autonomia do Tribunal Arbitral*, 2013, p. 314. O Autor refere ainda um argumento relativo a uma eventual não utilização do artigo 46.º n.º 6, dado que se a incompetência fosse o único fundamento de anulação, deduzi-lo em ação de anulação seria intempestivo. Parece-me que este argumento não é decisivo, já que depende, naturalmente, da interpretação que se faça do artigo 18.º n.º 9 LAV.

²⁰⁴ Armindo Ribeiro Mendes, *A Nova Lei de Arbitragem Voluntária e as Formas de Impugnação das Decisões Arbitrais (Algumas Notas)*, 2013, p. 738, concorda que a melhor solução não é esta, embora entenda que é a que está consagrada na lei.

que a decisão do tribunal da relação sobre a questão da competência do tribunal arbitral é recorrível para o Supremo Tribunal de Justiça nos termos gerais (artigo 59.º n.º 8.º LAV), pelo que a probabilidade de a decisão demorar (no mínimo) entre 1 a 2 anos é muitíssimo elevada. Ora, neste caso, a parte perdedora, se pretender deduzir pedido de anulação, terá de iniciar nova ação, ficando pendentes duas ações nos tribunais judiciais sobre a mesma arbitragem, problema a que voltaremos adiante. Por outro lado, caso a decisão do tribunal judicial seja de procedência, ou seja, de incompetência do tribunal arbitral, houve total desperdício de tempo e dinheiro no tribunal arbitral.

Este desaproveitamento também ocorre nos casos em que o tribunal arbitral decida suspender o processo – as partes ficarão longo tempo a aguardar o desfecho do seu processo. Algo que, naturalmente, interessa a uma delas, mas prejudica seriamente a outra.

Realmente, esta regra apenas teria interesse se a decisão definitiva do tribunal judicial pudesse ser proferida em poucos meses. Dados os prazos de propositura da impugnação, de contraditório²⁰⁵, de decisão, de recurso, não se vê como isso é possível.

Por outro lado, ainda, esta posição parece pressupor, ao colocar o acento tónico no juízo do tribunal arbitral para suspender ou prosseguir o processo, que é fácil saber quando uma impugnação é frívola ou dilatória e quando não é. Pressupõe, portanto, que as decisões dos tribunais judiciais são previsíveis. Infelizmente não é assim: nunca se sabe, mesmo no caso aparentemente mais evidente, qual a opção que o tribunal irá tomar. Numa matéria como a da arbitragem, com lei recente e pouca tradição jurisprudencial, ainda mais difícil é prever o teor dessa decisão. O tribunal arbitral estará sempre, portanto, numa situação de enorme instabilidade, obviamente prejudicial ao normal funcionamento dos seus trabalhos.

Em síntese, as vantagens da obrigatoriedade de imediata impugnação existem em abstrato, mas em concreto não. Um regime que permita a opção é, no meu entender, preferível.

Para além de preferível, nada se retira da lei que impeça tal interpretação. É perfeitamente possível retirar do artigo 18.º n.º 9 LAV que este

²⁰⁵ O prazo de resposta não se encontra definido, entendendo-se que é de 30 dias – Armindo Ribeiro Mendes, *A Nova Lei de Arbitragem Voluntária e as Formas de Impugnação das Decisões Arbitrais (Algumas Notas)*, 2013, p. 737.

se limita a oferecer à parte que alegou a incompetência a possibilidade de recorrer de imediato, não fazendo precluir tal opção caso o faça mais tarde. No fundo, trata-se de uma possibilidade de impugnação imediata, mas que não impede que a parte prefira prosseguir o processo arbitral até ao seu término e só depois, caso as razões subsistam, o levar de uma vez só aos tribunais estaduais. Pode, aliás, haver uma razão decisiva para que a parte decida neste sentido – o valor das custas a pagar. Serão, obviamente, o dobro, caso se tenha de propor duas ações.²⁰⁶

Assim, a parte que alegou a incompetência e perdeu pode tomar duas opções: impugnar no prazo de 30 dias a decisão de competência perante os tribunais estaduais; esperar pela decisão arbitral e propor então ação de anulação, nos termos do artigo 46.º LAV.

A decisão de competência pode ser impugnada com fundamento em incapacidade das partes, invalidade e inexistência de convenção. Nos termos do artigo 46.º, para o qual a norma em análise (o artigo 18.º n.º 9 LAV) remete, a decisão de competência pode ser anulada caso se verifique um vício na convenção que gere, em termos gerais, a sua ineficácia ou caso o litígio não esteja abrangido pela convenção. Este último caso reconduz-se a inexistência de convenção.

Como se disse, esta impugnação não tem efeito suspensivo sobre o processo arbitral que pode prosseguir normalmente os seus termos, incluindo proferir sentença (artigo 18.º n.º 10 LAV). É claro que quaisquer decisões perdem eficácia caso o tribunal estadual considere que o tribunal arbitral não tem competência. Di-lo, expressamente, o artigo 5.º n.º 4 LAV.

O seguimento simultâneo dos dois processos pode criar uma situação de resolução não óbvia. O preceito está naturalmente pensado para a circunstância de a decisão do tribunal estadual sobre competência anteceder a sentença arbitral. É pressuposto destas normas que a decisão do tribunal estadual surgirá primeiro, no tempo, que a sentença arbitral.

Tal pode, porém, não acontecer, pelo contrário, é bem provável a decisão do tribunal arbitral seja anterior à decisão do tribunal estadual sobre

a sua competência. É importante, por isso, prever a forma de resolução desta situação.

Estando pendente uma ação de impugnação da decisão de competência do tribunal arbitral, se for proferida sentença arbitral a autora da impugnação terá de decidir se pretende impugnar ou não a sentença e com que fundamentos. Se tiver ganho a ação, não terá interesse, nem legitimidade na impugnação, pelo que esta caducará. A parte contrária poderá, naturalmente, propor ação de impugnação com outros fundamentos, mas não com os fundamentos de incompetência alegados pela parte contrária, na medida em que a sua alegação precluiu (artigo 46.º n.º 4 LAV). Esta preclusão não decorre da não impugnação da decisão de competência, nos termos do artigo 18.º n.º 9, para a qual, aliás, a parte não tinha legitimidade, mas da regra geral de preclusão prevista no artigo 46.º n.º 4, que obriga a parte a alegar o vício no decurso do processo perante o tribunal arbitral.

Se a parte impugnante saiu vencida da arbitragem, total ou parcialmente, e pretender impugnar a decisão arbitral, há que distinguir novamente duas situações.

Se pretender apenas invocar os fundamentos que estão já em discussão no processo de impugnação da decisão de competência, nada mais terá de fazer a não ser esperar por esta decisão. Poderá, por cautela e informação do tribunal estadual, juntar a sentença arbitral e reforçar o seu interesse na impugnação. Mas não será necessário propor nova ação. Já se a parte vencida pretender alegar outros fundamentos de anulação, deverá propor ação de anulação autónoma, requerendo a apensação da primeira.

Estas regras estão conformes com os princípios aplicáveis, designadamente a economia processual, sem prejuízo dos direitos das partes.

Se decidir que é incompetente²⁰⁷, a instância arbitral extingue-se e o autor terá de propor a ação em tribunal estadual, sendo que este fica vinculado à decisão de incompetência do tribunal arbitral.²⁰⁸

A LAV não prevê qualquer impugnação da decisão de incompetência, havendo dúvidas sobre se a mesma é impugnável. Armino Ribeiro Mendes defende que não dado não se preencher nenhum dos fundamentos

²⁰⁶ Não me parece decisivo o argumento dos trabalhos preparatórios da Lei Modelo, dado que a LAV portuguesa nem sempre seguiu as suas opções. Por último, embora não seja também decisivo, não pode deixar de referir-se que desde 2008 o regime de recursos em processo civil é o da recurso a final de todas as decisões interlocutórias. Precisamente porque se percebeu – e está hoje confirmado – que é a solução mais eficiente.

²⁰⁷ A prática demonstra que estes casos são, na arbitragem raros – Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 309.

²⁰⁸ Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 136; Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 1997, p. 135.

para anulação previstos no artigo 46.º LAV²⁰⁹; Sampaio Caramelo defendeu que sim, na medida em que pode considerar-se haver omissão de pronúncia, já que o tribunal, ao declarar-se incompetente, não se pronunciou sobre questões que deveria conhecer.²¹⁰ Esta questão pode também surgir depois de uma primeira decisão do tribunal estadual que julgue procedente a exceção de preterição por não ser manifesta a invalidade da cláusula. Retomarei, por isso, o tema à frente, adiantando já que concordo com a posição de Armindo Ribeiro Mendes.

b. Voltando à situação em que existem dúvidas sobre a validade da convenção de arbitragem, se o autor optar por propor ação no tribunal estadual e a parte contrária alegar a exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário, há que definir a posição do juiz face a esta invocação. São várias as possibilidades da sua atuação: pode pura e simplesmente declarar a exceção e absolver da instância ou pode averiguar da existência e validade da convenção de forma exaustiva ou apenas perfunctoriamente (*prima facie*).

Há aqui três níveis possíveis de apreciação. Em primeiro lugar, pode defender-se que os tribunais estaduais não devem analisar qualquer questão que possa implicar a incompetência do tribunal arbitral, suspendendo a instância judicial e remetendo o processo para o tribunal arbitral que tomará a sua decisão. Nesta posição, não só os tribunais arbitrais têm competência para apreciar a sua competência, como a têm prioritariamente em relação aos tribunais estaduais. Estes não têm competência para aferir da jurisdição dos tribunais arbitrais antes de proferida a decisão pelo tribunal arbitral.

Na posição exatamente oposta a esta, invocou-se o artigo 290.º CPC que impõe ao tribunal judicial que analise, em toda a sua amplitude, a validade do compromisso arbitral celebrado na pendência da ação. Se esta é a regra para o compromisso arbitral celebrado na pendência da ação, deveria também ser para qualquer convenção de arbitragem. Nesta hipótese, o tribunal judicial averigua com a máxima extensão os requisitos de existência e validade da convenção arbitral.²¹¹

²⁰⁹ Armindo Ribeiro Mendes, *A Nova Lei de Arbitragem Voluntária e as Formas de Impugnação das Decisões Arbitrais (Algumas Notas)*, 2013, p. 723.

²¹⁰ António Sampaio Caramelo, *A Competência da Competência e a Autonomia do Tribunal Arbitral*, 2013, p. 318.

²¹¹ Parece ser esta a posição de Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 1997, p. 134-5.

Por fim, pode defender-se que o tribunal judicial apenas pode decidir-se pela incompetência do tribunal arbitral superficialmente, isto é, apenas nos casos de manifesta nulidade da convenção arbitral. Tratar-se-ia de uma análise *prima facie* da eficácia da convenção.

A jurisprudência sobre exceção de preterição de tribunal arbitral voluntária ignorava, por regra, esta problemática, analisando a validade da convenção sem se preocupar com os eventuais limites do seu poder de apreciação.²¹² Digno de registo, porque se afasta deste panorama, é o Caso *Trespasse*, Acórdão proferido pela Relação de Lisboa em 2007²¹³. Tratava-se de uma ação de despejo em que era discutido se haveria competência dos tribunais arbitrais. O problema não era de existência da convenção, mas da arbitrabilidade do litígio em face da norma do revogado RAU que determinava que a ação de despejo tinha de ser proposta em tribunal. Esta fórmula legal implica competência exclusiva do tribunal judicial? A Relação de Lisboa entende que é questão discutível e, logo, não há manifesta nulidade da convenção. Remete, então, as partes para os tribunais arbitrais.

Nenhuma das soluções apresentadas para este problema é perfeita.

Do ponto de vista da economia processual, a posição que não permite aos tribunais estaduais a análise da competência do tribunal arbitral é geradora de atrasos injustificáveis quando seja notório que a convenção de arbitragem é inexistente ou inválida. É uma perda de tempo obrigar à constituição do tribunal arbitral para declarar algo que é notório. Em termos dogmáticos, esbarra com a consideração de que os tribunais estaduais são também eles competentes para apreciar a sua própria competência. Aliás, a teoria da *kompetenz-kompetenz* não surgiu para os tribunais arbitrais, sendo obviamente também aplicável aos tribunais estaduais.²¹⁴ Repare-se nesta asserção tão evidente: se os tribunais arbitrais não têm jurisdição, então os estaduais têm. E estes têm, naturalmente, a competência para declarar se eles próprios são competentes. A tese mais radical não me parece, assim, ter sustento teórico, mas sobretudo tem, do ponto de vista prático, desvantagens consideráveis no que à economia processual diz respeito.

²¹² Patrícia Guerra, *O Princípio da Autonomia do Tribunal Arbitral quanto à Apreciação da sua Jurisdição (a "Competência-Competência")*, 2010, p. 57 e seguintes.

²¹³ Em 5 de junho, Proc. n.º 1380/2007-1. Este Acórdão foi depois seguido de muito perto pelo ac. RL de 10 de fevereiro de 2009 no Caso *Acordo-Quadro*, Proc. n.º 3859/2008-7.

²¹⁴ Miguel Galvão Teles, *A Competência da Competência do Tribunal Constitucional*, 1995, p. 105 e 111.

A tese oposta a esta – a que entende poder o tribunal estadual apreciar exaustivamente a jurisdição do tribunal arbitral – tem, na verdade e apenas, desvantagens em ambientes jurisprudenciais avessos à arbitragem. O receio de que os tribunais estaduais sejam mais exigentes do que o necessário na admissibilidade da arbitragem é aquilo que, em rigor, tem levado alguns autores a defender esta teoria. A pressuposição é a de que os tribunais estaduais desconfiarão da arbitragem, recusando a sua jurisdição em casos em que os tribunais arbitrais não teriam dúvida em admiti-la. Neste sentido, os tribunais judiciais deveriam apreciar, sempre em primeiro lugar, a validade e a eficácia da convenção arbitral.

Do ponto de vista teórico, esta posição despreza o princípio da autonomia privada ao coartar a margem de apreciação do tribunal arbitral, assim contrariando a vontade das partes (no momento da celebração da cláusula arbitral).

A última tese, que é, afinal, um compromisso entre as duas anteriores, parece ser a que melhor se adapta à natureza da arbitragem voluntária. Por um lado, respeita o princípio da autonomia privada, a desjudicialização pretendida pelas partes aquando da celebração da convenção; por outro, não o leva ao exagero de não permitir ao tribunal estadual apreciar uma manifesta inexistência ou invalidade da convenção.

Esta posição era defendida à luz da LAV 86²¹⁵ e foi a consagrada, no artigo 5.º n.º 1, pela nova LAV, assim se prevendo distintamente o efeito negativo do princípio da competência da competência, que não faz mais do que atribuir à celebração da convenção de arbitragem um efeito de exclusão da jurisdição dos tribunais judiciais em relação aos litígios abrangidos por essa convenção. De acordo com um dos autores do projeto, António

²¹⁵ Faz ao silêncio da LAV 86, defendia-se a aplicação analógica do artigo 12.º n.º 4 LAV86, preceito aplicável aos casos em que faltava a nomeação de um árbitro, normalmente porque a parte demandada o não indicou. Nestes casos, previa-se o pedido ao presidente do tribunal da relação da sede da arbitragem para indicar o árbitro em falta. Ora, se a convenção de arbitragem fosse manifestamente nula, deveria o presidente do tribunal da relação declarar não haver lugar à designação de árbitros. Utilizando este critério, defenderam Lopes dos Reis e Lima Pinheiro que o padrão de análise da procedência ou improcedência da exceção deveria ser o mesmo – a manifesta nulidade (aqui entendida como invalidade ou ineficácia em termos amplos). Lopes dos Reis, *A Exceção da Preterição do Tribunal Arbitral (Voluntário)*, 1998, p. 1129; Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 136. Também neste sentido, Patrícia Guerra, *O Princípio da Autonomia do Tribunal Arbitral quanto à Apreciação da sua Jurisdição (a “Competência-Competência”)*, 2010, p. 63.

Sampaio Caramelo, pretendeu-se que os árbitros sejam os primeiros juízes da sua competência, estabelecendo-se uma regra de prioridade cronológica quanto à tomada de decisão sobre a competência.²¹⁶

Esta norma traz a dificuldade de saber o que é a manifesta nulidade, ineficácia ou inexigibilidade.

Lopes dos Reis entendeu que o tribunal judicial tem apenas de verificar a existência, meramente factual ou material, de uma convenção suscetível de aplicação ao litígio trazido perante si.²¹⁷

Aprofundando um pouco mais, na medida do possível, o que deve ser considerada a manifesta nulidade, diria que é seguramente aquela invalidade que não necessita de mais prova para ser apreciada. Este requisito afasta à partida qualquer alegação de vícios da vontade na celebração do contrato, deixando ao tribunal judicial apenas a consideração dos requisitos externos da convenção, como o conteúdo, a forma ou a arbitrabilidade.²¹⁸

Mas ainda assim parece-me que se deve restringir o nível de análise. Quando existirem dúvidas sobre a validade da convenção, o tribunal estadual deve optar pela procedência da exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário. Foi este, por exemplo, o critério utilizado no Caso Dação em Pagamento²¹⁹ pelo Supremo Tribunal de Justiça, já anteriormente referido, onde perante a dúvida em saber se determinada convenção arbitral abrangia um outro contrato, o tribunal decidiu remeter a questão para o tribunal arbitral, considerando-se *prima facie* satisfeito com a aparência da existência dessa convenção.²²⁰

Uma última questão a tratar é a da eficácia das decisões sobre a jurisdição de um tribunal (arbitral ou estadual) em relação ao outro. Em coerência com a posição consagrada pela nova lei, quando o tribunal estadual decide julgar procedente a exceção de preterição de tribunal arbitral, limita-se a declarar que a convenção de arbitragem não é manifestamente nula, o que é diferente de declarar que a convenção é válida. Logo, o tribunal arbitral

²¹⁶ Sampaio Caramelo, *A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária*, 2009, p. 14-5.

²¹⁷ Lopes dos Reis, *A Exceção da Preterição do Tribunal Arbitral (Voluntário)*, 1998, p. 1124.

²¹⁸ Seguiu esta posição o Caso *Intermarché* (Acórdão da Relação de Coimbra de 19 de dezembro de 2012).

²¹⁹ Ac. STJ de 10 de março de 2011, Processo n.º 5961/09.

²²⁰ Ver a anotação a este Acórdão de Mariana França Gouveia e Jorge Morais Carvalho, *Convenção de Arbitragem em Contratos Múltiplos*, 2011, p. 36. Em sentido diverso decidiu a Relação de Coimbra no Caso *Intermarché* (Acórdão da Relação de Coimbra de 19 de dezembro de 2012).

pode, posteriormente, na apreciação da sua competência vir a decidir que é incompetente por a cláusula arbitral ser inválida. Esta é a única posição que se pode aceitar com a positivação da posição intermédia.²²¹

Naturalmente, quem defendeu a possibilidade de análise exaustiva da convenção, entendeu que a decisão do tribunal estadual vincula o tribunal arbitral – é o caso de Miguel Teixeira de Sousa. Mas o Autor defendeu também regra idêntica para a situação inversa: se o tribunal arbitral se julgar incompetente, esta decisão vincula o tribunal estadual.²²² Tendo em conta que o tribunal arbitral analisa exaustivamente a sua competência e que está, na sua natureza jurisdicional, numa situação paralela à dos tribunais estaduais, parece-me correta esta posição. A decisão de incompetência do tribunal arbitral vincula o tribunal estadual, não sendo, portanto, recorrível.²²³ Como se referiu acima, esta questão levanta dúvidas na doutrina, com Ribeiro Mendes a defender precisamente que não há recurso e Sampaio Caramelo a defender o contrário. Parece-me que, mesmo tomada em primeira mão e não, como agora analisado, depois da decisão do tribunal estadual de procedência da exceção numa análise *prima facie*, se justifica entender que a decisão não é recorrível. Não só não há, no artigo 46.º n.º 3 LAV, fundamento para o recurso, como se respeita a jurisdição do tribunal arbitral, a quem pertence em primeira linha a competência para determinar a sua competência.

5.5. Constituição do tribunal arbitral

Pretendendo uma das partes iniciar o processo arbitral, é necessário previamente constituir esse tribunal. Ao contrário do processo estadual que se inicia com os pedidos, na arbitragem é necessário primeiro formar o tribunal arbitral e escolher os terceiros, privados, que o vão constituir.

Esta necessidade prévia pode não existir em alguns centros de arbitragem institucionalizados, por exemplo, em alguns centros de arbitragem de consumo. Aí há um árbitro único e permanente que julga todas as ações que dão entrada no seu centro.²²⁴ Nos centros internacionais de

arbitragem institucionalizada (CCI, LCIA, CIRDI) a regra é diferente, na medida em que o centro de arbitragem funciona como apoio administrativo (com diversas e relevantes funções), constituindo-se os tribunais especificadamente para cada ação. O mesmo se passa no Centro de Arbitragem Comercial (artigo 6.º e seguintes RCAC).

A LAV 86 regulava com algum pormenor o procedimento para constituição do tribunal arbitral. Nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 11.º LAV 86, o processo deveria ser iniciado com o envio de uma carta registada com aviso de receção à contraparte. Dessa carta deveria constar a convenção de arbitragem, a designação do árbitro ou árbitros pela parte que se propunha instaurar a ação e o convite à outra parte para designar o árbitro ou árbitros que lhe caberia indicar (artigo 11.º n.º 4 LAV 86).

A LAV atual não contém qualquer norma idêntica a esta, à semelhança aliás do acontece na Lei-Modelo UNCITRAL. A única regra relativa ao início do processo arbitral encontra-se no artigo 33.º LAV, idêntico ao artigo 21.º n.º 1 da Lei-Modelo, nos termos do qual o processo arbitral tem início na data em que o pedido de submissão desse litígio a arbitragem for recebido pelo demandado, salvo convenção das partes em contrário. O artigo 10.º LAV refere-se, ainda, ao modo de designação dos árbitros, estabelecendo prazos para a sua designação.

Se pensarmos bem, não é de facto necessário estabelecer o modo como se desenrola o processo de constituição do tribunal arbitral. É necessário que se respeitem os termos da cláusula compromissória e, com isto, a vontade das partes no momento da sua celebração. Também é de acautelar a prova da iniciativa da parte que decide recorrer à arbitragem, o que se traduz em a demandante provocar o conhecimento da parte contrária acerca da sua intenção através de meio seguro em termos probatórios. Pode ser por carta registada, mas também poderá ser por qualquer outro meio que assegure estes propósitos.

Com a nova LAV desaparece então um dos requisitos que trazia algumas dificuldades à arbitragem: a necessidade de precisar o objeto do litígio e de a parte contrária, caso quisesse, o ampliar. Esta formalidade, que tinha como fim dar a conhecer às partes e aos árbitros o que seria tratado nesta arbitragem, não raro trazia complexidade à delimitação dos poderes do tribunal arbitral, mesmo quando as matérias tratadas na arbitragem se incluíam na convenção.

²²¹ No mesmo sentido, João Luís Lopes dos Reis, *A Exceção da Preterição do Tribunal Arbitral (Voluntário)*, 1998, p. 1129.

²²² Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 1997, p. 135.

²²³ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 141; Patrícia Maria Romeiro Guerra, *O Princípio da Autonomia do Tribunal Arbitral quanto à Apreciação da sua Jurisdição (a "Competência-Competência")*, 2010, p. 60; Raul Ventura, *Convenção de Arbitragem*, 1986, p. 374.

²²⁴ Não é assim no CNIACC, onde o árbitro (único) é nomeado caso a caso.

A notificação para iniciar o processo arbitral não necessita hoje, assim, de delimitar com exatidão o objeto do processo, sendo suficiente a indicação da matéria que se pretende tratar. A fixação exata do objeto do processo será feita nos articulados ou, consoante as regras processuais escolhidas, em momento mais tardio do processo. Com respeito pelo contraditório, essa fixação pode até ter lugar só na sentença.

O tribunal arbitral pode ser constituído por um único árbitro ou por vários, em número ímpar. O número de árbitros pode ser fixado na convenção de arbitragem ou em escrito posterior assinado pelas partes.

Se não houver estipulação contratual, o tribunal é composto por três árbitros, um designado por cada parte e o terceiro por esses dois (artigos 8.º e 10.º LAV). A maioria dos regulamentos de centros de arbitragem institucionalizados (CCI, LCIA, CAC) adota, porém, supletivamente a regra oposta: no silêncio das partes, o tribunal é composto apenas por um árbitro.

O artigo 8.º LAV exige que o número de árbitros seja ímpar. No entanto, pelo menos um tribunal arbitral institucionalizado, o da Comissão Arbitral Paritária emergente de contrato coletivo celebrado entre a Liga Portuguesa de Clubes de Futebol Profissional e o Sindicato Nacional de Jogadores de Futebol Profissional, prevê um tribunal arbitral com seis árbitros, três nomeados pela Liga e três pelo Sindicato.

A eventual violação do artigo 8.º LAV²²⁵ por este regulamento arbitral foi exaustivamente analisada no Caso dos *Seis Árbitros*²²⁶, tendo o Tribunal da Relação do Porto concluído que a Lei da Arbitragem Voluntária apenas se aplicava subsidiariamente à arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho. Outras disposições legais referidas pelo tribunal permitem chegar à conclusão que há, realmente, derrogação do artigo 8.º LAV no âmbito da arbitragem laboral.

O essencial é que em todo o procedimento de constituição do tribunal seja respeitado o princípio da igualdade das partes, que aqui se traduz na identidade da sua influência na constituição do tribunal arbitral. Embora tal regra não conste dos artigos que regulam esta matéria (artigos 6.º a 11.º LAV), a doutrina tem entendido que está subjacente aos mesmos e que pode aplicar-se analogicamente a previsão constante do artigo 30.º n.º 1 b) LAV.²²⁷

²²⁵ Idêntico ao artigo 6.º LAV 86.

²²⁶ Ac. RP de 3 de fevereiro de 2009, Proc. n.º 0825802.

²²⁷ Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 125.

O respeito por este princípio é mais difícil de se verificar em arbitragens com pluralidade de partes, na medida em que, havendo número de partes diferentes em cada um dos lados da ação, a nomeação de um árbitro por cada uma torna-se impossível. A este propósito há que referir o Acórdão *Teleweb*²²⁸, em que se discutiu um caso em que havia duas rés e uma delas entendia que tinha direito a nomear um árbitro ou, em alternativa, a separar os processos arbitrais. Fundamentava-se no princípio da igualdade. O Tribunal não lhe deu, porém, razão. Este problema encontra-se, hoje, regulado no artigo 11.º LAV. Enquadra-se já no problema das arbitragens complexas e será aí tratado.²²⁹

A violação do princípio da igualdade gera irregularidade na constituição do tribunal arbitral, pelo que é fundamento de invalidade nos termos do artigo 46.º n.º 3.º a) iv) LAV.²³⁰

O processo de constituição do tribunal arbitral desenrola-se, assim, com a participação de ambas as partes. Pode, porém, acontecer que a contraparte se recuse a indicar o seu árbitro. Nos termos dos artigos 10.º e 59.º n.º 1 a) LAV, em todos os casos em que falte a nomeação de um árbitro, essa nomeação é feita pelo presidente do tribunal da relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem.

A legitimidade para requerer esta nomeação cabe às partes e não aos árbitros. Trata-se de legitimidade processual, aferida em função do interesse em pedir (artigo 30.º CPC), e só as partes têm interesse no prosseguimento da ação arbitral.²³¹

De acordo com o artigo 60.º LAV o pedido de nomeação do árbitro em falta faz-se através de requerimento, onde a parte indica os factos que o justificam. As contrapartes são notificadas, correndo o prazo de 10 dias para se pronunciarem. O tribunal profere de seguida a decisão, podendo no entanto, se entender necessário, colher ou solicitar outras informações.

Este regime difere, no meu entender substancialmente, do anterior, previsto no artigo 12.º LAV 86. Ao abrigo deste regime discutiu-se, na jurisprudência, a necessidade de contraditório na designação. Isto é, sendo requerida ao presidente do tribunal da relação a designação de árbitro em

²²⁸ Ac. RL de 18 de maio de 2004, Proc. n.º 3094/2004-7.

²²⁹ Cfr. *infra*, p. 267 e seguintes.

²³⁰ Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 125.

²³¹ João Luís Lopes dos Reis, *Questões de Arbitragem ad hoc*, 1998, p. 495, em comentário ao ac. RL de 10 de fevereiro de 1994 que decidiu em sentido contrário.

falta, este deferia o pedido sem consultar a parte contrária. Apenas havia contraditório se o tribunal da relação indeferisse o pedido de nomeação de árbitro, com fundamento em invalidade manifesta da convenção arbitral (artigo 12.º n.º 5 LAV 86). Esta posição foi defendida pela jurisprudência no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de outubro de 2011²³².

A LAV vem alterar o regime anterior, criando uma tramitação específica, com audição de ambas as partes. O novo regime deve ser restritivamente interpretado para impedir dilações na constituição do tribunal arbitral e, em consequência, no processo arbitral. Repare-se, aliás, que a possibilidade de o tribunal estadual poder indeferir o pedido de nomeação do árbitro em falta com fundamento em manifesta nulidade da convenção arbitral foi eliminada pelo atual regime. O que deve ser interpretado no sentido de a intervenção do tribunal da relação ser mínima, limitando-se tão só à nomeação do árbitro em falta. Não há aqui lugar a levantar quaisquer objeções à competência do tribunal arbitral (o que equivale à eficácia em sentido amplo da convenção), à regularidade da constituição (até então) do tribunal ou qualquer outro problema que as partes, na sua infinita imaginação, quiserem opor à designação do árbitro. O procedimento destina-se única e exclusivamente à designação do árbitro, todos os restantes problemas devem ser colocados perante e decididos pelo tribunal arbitral.

5.6. Estatuto do árbitro

a. A aspeto central do estudo da arbitragem e de contribuição decisiva para a sua credibilidade é a do estatuto do árbitro. O estatuto do árbitro pode ser definido como o conjunto dos direitos e deveres dos árbitros durante o processo arbitral.²³³

A LAV regula esta matéria com atenção e cautela, avançando muitíssimo em relação à sua antecessora. Não entra, porém, em pormenores mais próprios da ética ou da deontologia profissional, deixando a matéria dos direitos e deveres dos árbitros para instrumentos de auto-regulação, como códigos deontológicos promovidos por associações profissionais.²³⁴

²³² CJ 2011, I, 191. Cfr., sobre a polémica, José Lebre de Freitas, *O Princípio do Contraditório na Nomeação de Árbitro pelo Presidente do Tribunal da Relação*, 2011, p. 163 e seguintes; Paula Costa e Silva e Nuno Trigo Reis, *A Natureza do Procedimento Judicial de Nomeação de Árbitros*, 2013, p. 951 e seguintes.

²³³ Fouchard, Gaillard e Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 557.

²³⁴ Fouchard, Gaillard e Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 557.

Em Portugal é de destacar o projeto de Código Deontológico da APA e a nível internacional as regras da IBA. Estes textos serão mais à frente retomados.

Os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes (artigo 9.º LAV). Não há quaisquer restrições quanto à área de formação ou quanto às habilitações literárias. O mais frequente, porém, quer em arbitragens domésticas, quer em internacionais, é ser nomeado árbitro um jurista. Na convenção de arbitragem podem as partes definir critérios para a eventual designação dos árbitros, podendo até indicar desde logo quem pretendem que seja o ou os árbitros. Contudo, não é aconselhável entrar em demasiado pormenor, porque o momento em que o litígio surge é incerto e pode ser difícil, nessa ocasião, respeitar as indicações das partes na convenção. São conhecidas situações de árbitros indicados na convenção que já faleceram no momento em que ocorre o litígio ou em que são exigidas qualidades técnicas muito específicas, que limitam a um número muito reduzido de pessoas os possíveis árbitros.

A lei portuguesa, ao contrário de outras, é explícita no sentido de não ser admissível que pessoas coletivas sejam árbitros.²³⁵ A restrição justificava-se face à LAV 86 pela necessidade de imparcialidade do árbitro, qualidade que a lei portuguesa aferia através dos impedimentos e suspeições dos juizes, tornando impossível ou difícil a sua verificação caso se tratasse de pessoa coletiva.²³⁶ Hoje o que se exige são padrões de independência e imparcialidade, conforme o artigo 13.º n.º 3 estabelece.

A escolha do(s) árbitro(s) é fundamental na arbitragem. É comum a expressão “*a arbitragem é tão boa quanto o árbitro*”, que põe o acento tónico na importância desta escolha. Se tomarmos em linha de conta a flexibilidade que caracteriza o processo arbitral, a importância de quem exerce os poderes de conduzir o processo e decidir é evidente.

Nem sempre é fácil esta escolha. Para além das características essenciais da independência e da imparcialidade, há outras, mais dificilmente controláveis, de eficiência, de competência, de bom senso, de autoridade moral que são tão ou mais importantes.²³⁷

²³⁵ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 128.

²³⁶ Pedro Romano Martinez, *Análise do Vínculo Jurídico do Árbitro em Arbitragem Voluntária ad hoc*, 2005, p. 831; também assim em Romano Martinez, *Constituição do Tribunal Arbitral e Estatuto do Árbitro*, 2012, p. 225.

²³⁷ Sobre questões práticas relativas à escolha do árbitro, ver Nuno Lousa, *A Escolha dos Árbitros: a Mais Importante Decisão das Partes numa Arbitragem?*, p. 20 e seguintes.

Para além da reputação profissional de determinada pessoa, pode ser importante um contacto pessoal prévio, o que tem sido considerado admissível. Uma pequena entrevista aos potenciais árbitros pode preceder a sua indicação, sem que isso deva causar qualquer melindre nos árbitros ou nas partes ou seus mandatários.²³⁸

O tipo de relação jurídica existente entre árbitros e partes é discutido. Os defensores da tese contratualista entendem que entre as partes e os árbitros existe um contrato ou vários contratos independentes entre si.²³⁹ A tese legalista nega a existência de qualquer contrato, defendendo que os árbitros limitam-se a aderir à convenção de arbitragem celebrada pelas partes.²⁴⁰

A questão reflete as dificuldades de caracterização da própria natureza jurídica da arbitragem, se contratual, se jurisdicional, se mista. Parece-me que a posição legalista se aproxima da tese jurisdicional da arbitragem e a contratualista da sua oposta. Nenhuma delas explica inteiramente a relação decorrente do exercício das funções de árbitro. Haverá elementos jurisdicionais e elementos contratuais, poderes dos árbitros que se justificam por um vínculo contratual e poderes dos árbitros que apenas existem em consequência da previsão legal.

Uma resposta segura a esta questão podia ser importante para definir o regime da responsabilidade civil dos árbitros, questão discutida na anterior LAV, na medida em que os artigos 9.º n.º 3 e 19.º n.º 5 LAV 86 estabeleciam a obrigação de indemnizar em casos específicos, mas nada diziam sobre o regime de responsabilidade aplicável, se contratual, se extracontratual. Ora, se a relação jurídica entre as partes e os árbitros é contratual, então a responsabilidade é contratual; já se tem por fonte a lei, a responsabilidade é extracontratual.

A doutrina havia já porém resolvido este problema, ainda que baseada em pressupostos teóricos diversos. O entendimento comum era que a responsabilidade relativa a atos jurisdicionais (*maxime* a prolação de sentença) seguia o regime da responsabilidade dos magistrados, sendo necessária a verificação de dolo ou culpa grave; já a responsabilidade por atos não

²³⁸ Sofia Ribeiro Mendes, *Organização do Processo Arbitral e da Audiência (Visto pela Perspectiva dos Árbitros)*, 2013, p. 48.

²³⁹ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 321 e seguintes.

²⁴⁰ Romano Martinez, *Análise do Vínculo Jurídico do Árbitro em Arbitragem Voluntária ad hoc*, 2005, p. 839; também assim em Romano Martinez, *Constituição do Tribunal Arbitral e Estatuto do Árbitro*, 2012, p. 224.

jurisdicionais (por exemplo, a não decisão no prazo legal ou contratual) seguia o regime da responsabilidade contratual, presumindo-se a culpa.²⁴¹ É este o regime da nova LAV: no seu artigo 9.º n.º 4 LAV equipara os árbitros aos juizes no que diz respeito aos danos decorrentes das decisões arbitrais; nos artigos 12.º n.º 3 e 43.º n.º 4 LAV estabelece a responsabilidade geral dos árbitros por injustificadamente se escusarem ao exercício das suas funções ou obstarem a que a decisão seja proferida no prazo.

b. É comum chamar-se aos árbitros designados por cada uma das partes árbitros de parte. Interessa saber se, no quadro de direito positivo, existe um estatuto diferenciado: no essencial se o árbitro de parte está ou não obrigado a dever de imparcialidade e independência idêntico ao árbitro-presidente ou não designado.

O regime legal é hoje claríssimo: todos os árbitros, independentemente do modo da sua designação, estão obrigados a agir com imparcialidade.²⁴²⁻²⁴³

Esta conclusão retirava-se já da anterior LAV e é ainda sufragada por outras fontes do direito, nacionais e internacionais. Antes de mais cumprir fazer referência ao ambiente jurídico internacional, com especial incidência na tradição jurídica ocidental. Aqui a regra é claramente a da

²⁴¹ Bernardo Reis, *O Estatuto dos Árbitros – Alguns Aspectos*, 2009, p. 50-52; Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 317; Pedro Romano Martinez, *Análise do Vínculo Jurídico do Árbitro em Arbitragem Voluntária ad hoc*, 2005, p. 841; Romano Martinez, *Constituição do Tribunal Arbitral e Estatuto do Árbitro*, 2012, p. 228.

²⁴² A LAV de 1986 era parca nas regras sobre estatuto do árbitro, limitando-se a remeter para o regime de impedimentos e escusas dos magistrados judiciais – artigo 10.º n.º 1. Esta remissão não era, porém, aplicável a todos os árbitros, mas apenas àqueles não nomeados por acordo das partes. Esta expressão não era clara, podendo ser interpretada no sentido de excluir ou de integrar os árbitros de parte. Uma sua leitura cuidada impunha a conclusão de que excluía apenas os árbitros nomeados com o acordo de ambas as partes. Augusto Lopes Cardoso, *Da Deontologia do Árbitro*, 1996, p. 35 e seguintes. A LAV remetia assim o árbitro de parte para o regime dos impedimentos e escusas dos magistrados judiciais previsto nos artigos 115.º e seguintes do Código de Processo Civil, em especial nos artigos 115.º e 120.º. O interesse maior desta remissão não era tanto a utilização das específicas *facti-species* de cada uma das alíneas aí previstas, mas antes a aplicação do princípio ou cláusula geral que lhes está subjacente – a de que o juiz tem de ser imparcial. O capítulo intitula-se, aliás, garantias de imparcialidade e na norma relativa à suspeição – artigo 120.º n.º 1 CPC, parte final – é estabelecido que o juiz pode pedir dispensa em todas as situações em que entenda que pode suspeitar-se da sua imparcialidade. A regra do Código de Processo Civil é, assim, sem dúvida a da imparcialidade – não podia, aliás, ser outra, porque se refere a juizes. De onde se concluía já à luz da LAV 86 que o árbitro de parte tem, como qualquer outro, a obrigação de ser independente e imparcial.

²⁴³ Mário Raposo, *Temas de Arbitragem Comercial*, 2006, ponto 9.

imparcialidade de todos os árbitros. Desde a Lei-Modelo da UNCITRAL à lei sueca ou brasileira, passando pela lei inglesa ou espanhola, a regra é a da imparcialidade dos árbitros, independentemente do modo da sua designação.²⁴⁴ Assim o impõem também as *Rules of Ethics* da IBA.

A única exceção – na tradição ocidental – é a dos Estados Unidos da América, onde encontramos prevista a figura do árbitro não neutral. De acordo com o *Code of Ethics* aprovado conjuntamente pela American Bar Association e pela *American Arbitration Association*, os árbitros de parte, salvo disposição em contrário, não estão obrigados à imparcialidade.²⁴⁵

Fonte importante a ter em conta é o Código Deontológico da Associação Portuguesa de Arbitragem, que prevê no seu artigo 1.º que o árbitro de parte tem exatamente o mesmo dever de independência que os outros. A autorregulação que este código traz é deveras importante, designadamente tendo em conta que os árbitros portugueses serão na sua grande maioria membros desta Associação. As fontes indicam o mesmo caminho: o de que não há motivo para não exigir ao árbitro de parte a mesma imparcialidade que é exigida ao árbitro presidente.

Embora haja clareza nas fontes quanto ao idêntico estatuto de todos os árbitros, há diversas referências de que a prática não segue a teoria. É bem elucidativa a frase de Mário Raposo: “*Um dos mistérios da arbitragem estará precisamente em que um árbitro unilateralmente designado passa a ser árbitro das duas partes.*”²⁴⁶

Se bem interpreto o que se passa na prática, estaremos num ponto intermédio entre estes dois extremos – existe realmente a perceção de que o árbitro de parte não é um mandatário de quem o nomeou, devendo agir com independência e imparcialidade. Essa independência não está, porém, ao mesmo nível que a do árbitro-presidente. Se quisermos, há uma ideia de que há graus de independência, que não é uma questão de tudo ou nada. O árbitro de parte não é um mandatário da parte, não faz *lobby* junto do árbitro presidente, mas está obrigado a garantir que a posição da parte que o nomeou é devidamente conhecida e tomada em consideração.

²⁴⁴ Mário Raposo, *Temas de Arbitragem Comercial*, 2006, ponto 2.

²⁴⁵ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 237.

²⁴⁶ Mário Raposo, *O Estatuto dos Árbitros*, 2007, ponto 1. Ver também a este propósito Sofia Ribeiro Mendes, *A Organização do Processo Arbitral e da Audiência (Visto pela Perspectiva dos Árbitros)*, 2013, p. 45 e Nuno Salazar Casanova, *Reflexões Práticas sobre a Ética na Arbitragem*, 2013, p. 69.

A prática parece admitir um nível intermédio de independência, a teoria exige, porém, um nível máximo de independência. A melhor solução impõe que ponderemos por que razão se exige imparcialidade aos árbitros. Admitiríamos em termos teóricos uma solução à americana, de árbitros não neutrais?

Julgo que não – e a resposta negativa não tem a ver com qualquer hipocrisia que possa subsistir. A imparcialidade e independência dos árbitros – de todos os árbitros – é consequência direta das suas funções jurisdicionais. Mais: só o desempenho dessas funções com independência e imparcialidade, que é como quem diz com integridade e seriedade, permite que o Estado valide estes exercícios privados de jurisdição. Pense-se, por exemplo, como é inaceitável uma figura de “juiz de parte”. O desenvolvimento da arbitragem depende da sua credibilidade perante os cidadãos e perante o Estado. Cada vez mais num mundo em crise e desconfiado.

O reconhecimento de efeitos potestativos à convenção de arbitragem implica uma derrogação do direito constitucionalmente garantido de acesso à justiça – porque as partes renunciam ao direito a recorrer aos tribunais judiciais. O reconhecimento deste efeito – que só se verificou com a aprovação da LAV 86, assim como a eficácia judicial da sentença arbitral, exige o respeito pelas regras do processo justo. E a primeira de todas elas é, evidentemente, a imparcialidade do tribunal que decide o litígio.

Entendo, pois, que a regra é a da máxima exigência da imparcialidade do árbitro de parte, em todos os aspetos e momentos do processo arbitral. A sua função não deve ser entendida como a de fazer com que a posição da parte que o nomeia seja conhecida, muito menos no sentido de influenciar o árbitro presidente. Deve, antes, ser a de julgar com imparcialidade, isenção, integridade o caso que perante si está pendente.

Visto que todos os árbitros, independentemente da sua forma de designação, gozam do mesmo estatuto, é hora de analisar os seus aspectos mais importantes.

Podemos condensar os mais importantes deveres dos árbitros nos seguintes: independência e imparcialidade, atuação diligente, confidencialidade²⁴⁷⁻²⁴⁸.

²⁴⁷ A confidencialidade é hoje regra na arbitragem doméstica – artigo 30.º n.º 5 LAV.

²⁴⁸ Bernardo Reis, *O Estatuto dos Árbitros – Alguns Aspectos*, 2009, p. 19, refere ainda o cumprimento da missão em prazo, a decisão válida e a não renúncia injustificada.

c. A primeira obrigação dos árbitros é serem independentes em relação às partes e ao objeto do litígio. É usual distinguir-se independência de imparcialidade, relacionando a primeira com a inexistência de relação entre o árbitro e as partes e a segunda com a inexistência de relação entre o árbitro e o objeto do litígio.²⁴⁹ Esta distinção é comum em alguns instrumentos normativos internacionais²⁵⁰ e está prevista no artigo 9.º n.º 3 LAV. Parece-me que a sua utilidade é relativamente reduzida: se é por vezes difícil, na prática, concluir se uma determinada situação é de parcialidade ou de dependência, nenhuma consequência prática se retira da qualificação como uma coisa ou outra.

Dois pontos importantes do estatuto do árbitro são a obrigação de revelação de factos que possam gerar falta de independência ou de imparcialidade e o regime de dedução das escusas e impedimentos. O primeiro aspeto é conhecido na arbitragem internacional como o *disclosure* e o segundo como o *challenge*.

As partes poderão regular um procedimento específico para os casos de suspeição – a LAV di-lo, aliás, expressamente no artigo 14.º n.º 1. Tal verifica-se, por norma, nos regulamentos de instituições de arbitragem institucionalizada. O Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial prevê, por exemplo, que os incidentes de recusa sejam decididos pelo Presidente do Centro (artigo 12.º n.º 3); na arbitragem CCI, a decisão compete à *Cour d'Arbitrage*, órgão do centro com uma composição plural (artigo 11.º do Regulamento CCI).

O artigo 13.º LAV regula o dever de revelação, sob a epígrafe “*fundamentos de recusa*”, estabelecendo que o árbitro tem o dever de revelar quaisquer factos ou circunstâncias que possam pôr em causa a sua independência ou imparcialidade.²⁵¹ Este dever existe no momento do convite para integrar o tribunal arbitral, permanecendo durante todo o processo. Se durante o decurso do processo arbitral ocorrer algum facto que possa pôr em causa a independência do árbitro, este está obrigado a comunicá-lo às partes e aos demais árbitros (artigo 13.º n.º 2 LAV).

Perante a revelação ou perante o conhecimento de factos não revelados, a parte que não nomeou esse árbitro pode recusar a sua designação, assim como o pode requerer a parte que o designou se os factos objeto de revelação não eram do seu conhecimento. Esses factos têm, porém, de suscitar fundadas dúvidas sobre a independência do árbitro (artigo 13.º n.º 3 LAV).

A nova Lei, como aliás a Lei-Modelo e os regulamentos arbitrais das instituições mais conhecidas, com exceção do Centro de Arbitragem Comercial, como veremos, não explicita que tipo de factos podem gerar as fundadas dúvidas. Porque se trata de uma área sensível, entre o Direito e a Deontologia, a definição de regras muito concretas é impossível. A análise da independência terá sempre de ser casuística. Ainda assim, alguns organismos tentaram a regulamentação mais específica do que podem consistir estas fundadas dúvidas e estes documentos têm servido de inspiração para decidir alguns casos.

Deve destacar-se como instrumento mais influente as *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Commercial Arbitration*.²⁵² O documento encontra-se dividido em duas partes: a primeira contém as regras gerais sobre independência e imparcialidade dos árbitros, enquanto a segunda estabelece uma aplicação prática das regras gerais. É esta segunda parte, original em documentos normativos deste género, que é muitas vezes utilizada. A aplicação prática foi efetuada através da criação de três listas: verde, laranja e vermelha. Estas listas são elencos de factos que podem ou não pôr em causa a independência do árbitro.

A lista vermelha compreende os factos que mais claramente trazem dúvidas sobre a posição independente do árbitro. Está dividida numa lista de fundamentos que não podem ser afastados nem por acordo das duas partes (*non-waivable red list*) e noutra que podem levar à nomeação do árbitro, mas apenas se ambas as partes nisso concordarem (*waivable red list*). Encontram-se aqui factos como o árbitro ser representante da parte ou ter um interesse financeiro direto no resultado da ação. Já a lista verde é composta por situações que não põem em causa a isenção dos árbitros. Dela constam factos como o árbitro ter publicado um artigo académico relativo a uma matéria que é objeto da arbitragem ou ter sido membro de

²⁴⁹ Augusto Lopes Cardoso, *Da Deontologia do Árbitro*, 1996, p. 34, nota 6.

²⁵⁰ Por exemplo, as *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* ou as *Rules of Ethics for International Arbitrators*, também da IBA, ambas disponíveis em www.ibanet.org.

²⁵¹ Bernardo Reis, *Reflexões Práticas sobre Ética na Arbitragem: Perspectiva do Árbitro*, 2013, p. 82.

²⁵² Disponível em http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

um tribunal arbitral anterior em conjunto com o advogado de uma das partes. Por fim, a lista laranja contém situações que podem levantar dúvidas e, portanto, exigem uma análise concreta. Por exemplo, o árbitro foi consultor de uma das partes nos últimos três anos ou o árbitro foi nomeado pela mesma parte duas ou mais vezes.

O Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa adotou expressamente estas *Diretrizes*, remetendo para elas no artigo 1.º n.º 3 do Código Deontológico do Árbitro que faz parte integrante do seu Regulamento, seguindo de perto o documento com o mesmo teor aprovado pela Associação Portuguesa de Arbitragem.

Este Código Deontológico do Árbitro da APA exige ao árbitro, no seu artigo 4.º n.º 2, que revele qualquer relação pessoal ou profissional com as partes e seus representantes legais; qualquer interesse económico, direto ou indireto, no objeto da disputa ou qualquer conhecimento prévio que possa ter tido da matéria em disputa.

Se, com fundamento no facto revelado ou em outro de que a parte tenha conhecimento, for pedida a recusa do árbitro, o procedimento a seguir em caso de silêncio das partes é o que consta do artigo 14.º LAV.

Nos termos deste preceito, a parte que pretenda recusar o árbitro deve expor por escrito os motivos de recusa ao tribunal arbitral, no prazo de 15 dias a contar da data em que teve conhecimento do facto que justifica o pedido. O árbitro pode voluntariamente retirar-se do tribunal – é esta aliás a prática em arbitragem internacional. Mas pode também não o fazer e, se assim, for participará na decisão sobre a sua recusa com os restantes membros do tribunal arbitral (artigo 14.º n.º 2 LAV).

Esta decisão do tribunal arbitral apenas é impugnável de imediato se for de indeferimento, isto é, se se mantiver no tribunal arbitral o árbitro cuja falta de independência ou imparcialidade se invocou. É isto que resulta do artigo 14.º n.º 3 quando refere “*Se a destituição do árbitro recusado não puder ser obtida segundo o processo convencionado pelas partes ou nos termos do disposto no n.º 2 do presente artigo (...),*” ou seja, se a recusa por uma das partes não levou à destituição do árbitro, esta pode ainda requerer a destituição junto do tribunal judicial.

A impugnação imediata do indeferimento do pedido de destituição – uma novidade da atual LAV – justifica-se na medida em que a manutenção daquele árbitro pode provocar a anulação da sentença arbitral, nos termos do artigo 46.º n.º 3 a) iv). Uma sentença proferida

por um tribunal cuja independência não está garantida é uma sentença inválida.²⁵³

Já a situação inversa não gera invalidade da sentença e daí que não seja impugnável. Isto é, se o árbitro for destituído, naturalmente que a sentença não é proferida por ele, pelo que não haverá qualquer fundamento de invalidade. Com certeza que o árbitro que substitui o destituído pode ser ele também objeto de recusa, mas aí terá de ser requerido novo incidente de recusa.

Assim, só há impugnação caso a recusa seja indeferida, mantendo-se o árbitro no tribunal. Se ele for destituído, o processo prossegue com a sua substituição, ficando desta forma o problema resolvido.

A substituição do árbitro destituído faz-se, nos termos do artigo 16.º LAV, de acordo com as regras aplicáveis à designação do árbitro a trocar. No caso normal de tribunal arbitral constituído por três árbitros, de acordo com o procedimento previsto no artigo 10.º n.º 3, caso se trate de árbitro nomeado por uma das partes, é a parte respetiva que deve indicar outro; se se tratar do árbitro-presidente, deve ser escolhido por acordo entre os árbitros nomeados pelas partes.

A LAV prevê, ainda, a destituição em situações de incapacitação ou inação de um árbitro. Esta situação verificar-se-á, por regra, quando ambas as partes estão de acordo quanto ao afastamento do árbitro. Caso não estejam, a parte que pretenda afastar o árbitro pode requerê-lo ao tribunal estadual. A decisão do tribunal – seja ela a de manter ou de destituir o árbitro – não é recorrível nos termos do artigo 15.º n.º 4 LAV. Repare-se que no caso da destituição, ao contrário da renúncia, não se prevê a prévia decisão da questão pelo tribunal arbitral.²⁵⁴

²⁵³ A aplicação desta possibilidade imediata de impugnação é extensível à decisão do órgão competente (presidente, conselho, etc.) em arbitragem institucionalizada. É o que resulta da letra da lei ao impedir a sua derrogação. Robin de Andrade, *Balanço de Um Ano de Vigência da Nova Lei de Arbitragem Voluntária*, 2013, ponto 8.

²⁵⁴ Pedro Metello de Nápoles e Carla Góis Coelho, *A Arbitragem e os Tribunais Estaduais – Alguns Aspectos Práticos*, 2012, p. 205.

5.7. Providências cautelares²⁵⁵

a. O tema das providências cautelares na arbitragem tem sido amplamente discutido na doutrina e na jurisprudência portuguesas dos últimos anos, com posições divergentes e muitas dúvidas. A Lei de Arbitragem Voluntária de 1986 nenhuma regra continha sobre o problema, o que deu origem a argumentações radicalmente diferentes, desde a defesa da inadmissibilidade da competência cautelar em todos os casos²⁵⁶ até à da sua admissibilidade total, incluindo medidas de natureza executiva sem audição do requerido como o arresto²⁵⁷.

A LAV veio regular exaustivamente esta matéria, adotando integralmente a Lei Modelo da UNCITRAL de 1985 na sua versão de 2006.²⁵⁸ A regulamentação é seguramente inovadora, resolvendo alguns problemas que doutrina e jurisprudência discutiam. Mas deixa ainda alguns pontos por esclarecer e traz incertezas onde antes não havia discussão.

A matéria situa-se no limiar dos poderes do tribunal arbitral, da sua jurisdição. A aptidão de decretar medidas cautelares é, sem dúvida, uma expressão de autoridade de quem decide, na medida em que se trata da possibilidade de ditar regras antes de as partes terem exaurido a demonstração das suas razões e pontos de vista. Mais: decidir sem que seja concedido à parte, contra quem a medida é pedida, o exercício do direito de defesa.

A atribuição destes poderes a um tribunal privado carece de séria ponderação pois só um instituto capaz de garantir uma correta aplicação da justiça poderá cabalmente exercê-los.

Poderia pensar-se que decidir cautelarmente é um *minus* em relação à decisão final e, logo, se se atribui ao tribunal arbitral os poderes de julgar definitivamente, atribui-se por inerência os poderes de julgar cautelarmente. Este raciocínio é utilizado internacionalmente pela teoria dos poderes implícitos ou inerentes decorrentes da lei ou da convenção de arbitragem²⁵⁹, tendo também servido como justificação para a atribuição de competência cautelar aos tribunais arbitrais face ao silêncio da anterior LAV.

²⁵⁵ Este ponto corresponde ao artigo que publiquei nos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas, 2013, p. 861-892.

²⁵⁶ Acórdão Relação de Lisboa de 18 de setembro de 2008 (Proc. n.º 3612/2008-8), num embargo de obra nova.

²⁵⁷ Calvão da Silva, *Tribunal Arbitral e Providências Cautelares*, 2008, p. 106.

²⁵⁸ Disponível em www.uncitral.org

²⁵⁹ Armindo Ribeiro Mendes, *As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral*, 2009, p. 91.

Discordo da conceção referida, por me parecer que a decisão cautelar não está necessariamente contida na decisão definitiva. Pelo contrário, é uma expressão de jurisdição e de autoridade de grau superior, porque decidir indiciariamente ou sem exercício do contraditório só pode ser admitido a quem se reconhece uma especial autoridade legal e social.

Não quero com isto dizer que discorde das teses que defenderam a admissibilidade da competência cautelar dos tribunais arbitrais, mas reforçar que essa competência não decorre automaticamente da concessão de poderes para decidir a final.

A concessão de poderes cautelares exige dos tribunais arbitrais uma sólida experiência e, mais, um reconhecimento social da sua natureza jurisdicional. Por muito que essa natureza esteja prevista na Constituição e afirmada por toda a doutrina, o seu reconhecimento social é decisivo para que se possa avançar com segurança neste sentido.

Há ainda um outro elemento, agora de cariz prático, que de alguma forma dramatiza ainda mais a atribuição de competência cautelar aos tribunais arbitrais. Refiro-me ao facto de o tribunal arbitral que decreta a medida cautelar ser o mesmo que decide a final. Há neste caso, ao contrário do que é a regra (em termos práticos) nos tribunais estaduais, verdadeira antecipação da decisão de fundo porque proferida exatamente pelas mesmas pessoas que vão decidir a final.

É certo que, conforme a LAV esclarece expressamente no seu artigo 21.º n.º 2, o juízo sobre o direito não vincula de forma alguma a decisão final. Mas é também verdade que o mesmo tribunal arbitral que, perante determinadas prova e argumentação, decidiu num sentido, só perante outra ou mais prova e outra ou mais argumentação, reverterá o seu juízo. Não há uma vinculação jurídica, mas há, claro, uma predisposição psicológica. A alteração da decisão terá de ser, como é natural, devidamente fundamentada.

Por estas razões, a concessão de poderes cautelares aos tribunais arbitrais necessitava de ponderação, de reconhecimento social, de certeza dogmática.

Essa segurança foi sendo construída pela doutrina que se dedicou à matéria, designadamente Paula Costa e Silva²⁶⁰ e Armindo Ribeiro

²⁶⁰ Paula Costa e Silva, *A Arbitrabilidade de Medidas Cautelares*, 2009.

Mendes²⁶¹, o que permitiu o enorme avanço e arrojo técnico que a nova LAV veio a consagrar.

Não só se admite a decretação de providências cautelares pelos tribunais arbitrais em toda a sua extensão, como se consagra a possibilidade, ainda que limitada, de proferir decisões cautelares sem contraditório (as ordens preliminares).

Se é verdade que fica, desta forma, esclarecida de vez a competência cautelar dos tribunais arbitrais, também é certo que permanecem dúvidas sobre a exata extensão deste poder. Não é certo que os tribunais arbitrais possam decretar medidas cautelares exatamente com a mesma extensão que os tribunais estaduais, designadamente medidas de natureza executiva. Ou que possam dar ordens que limitem a competência decisória dos tribunais estaduais. Ou ainda que decretem medidas até agora desconhecidas do nosso ordenamento jurídico.

O tema das providências cautelares reveste interesse e enorme dimensão. Não tratarei, na presente edição, de todos o regime das providências cautelares. Apenas do âmbito da competência cautelar do tribunal arbitral, procurando determinar até onde vai a jurisdição cautelar dos tribunais arbitrais, com especial atenção a dois temas que têm merecido grande atenção da doutrina e da jurisprudência, quer nacional, quer estrangeira: as medidas de natureza executiva e as denominadas *anti-suit injunctions*, as ordens de abstenção judicial.

Espero, nas futuras edições deste Curso, ir incluindo as restantes partes do regime das providências cautelares. Dada a sua extensão e o esgotar rápido das edições deste Curso, não me tem sido possível tratar esta matéria. Fica a desculpa e a promessa ao leitor que tal lacuna será suprida no futuro.

b. O conceito de providências cautelares é conhecido do nosso ordenamento jurídico-processual, podendo definir-se como as diligências destinadas a manter uma situação de facto ou de direito com a finalidade de salvaguardar o direito cujo reconhecimento é solicitado ao juiz de mérito.²⁶² As providências têm natureza provisória, acautelando o direito ou o efeito útil da ação. Não são ações, nem incidentes, embora como as

ações conduzam a um julgamento, seguidas ou não de um providência de tipo executivo, e como os incidentes dependem de uma outra causa.²⁶³

A LAV, no artigo 20.º n.º 2, define providência cautelar como “*uma medida de carácter temporário*”, enunciando depois quatro fins que as medidas cautelares podem prosseguir: conservar a situação existente, assegurar a estabilidade do processo arbitral, garantir a execução da sentença arbitral, preservar prova.

Esta enumeração deve considerar-se exaustiva, não só porque resulta da letra da lei, mas sobretudo porque foi essa a intenção da UNCITRAL na sua redação. Trata-se, na verdade, de uma exaustividade de fins, pois é isso que as alíneas elencam – um conjunto de fins que as providências cautelares podem prosseguir.²⁶⁴

Por esta razão – por relacionar propósitos e não tipos de medidas – a enumeração é suficientemente ampla para abranger as providências que usualmente são necessárias ao bom andamento do processo e à garantia da eficácia do seu resultado. Veremos melhor, no ponto seguinte, o significado de cada uma das frases normativas.

O conceito de ordem preliminar é recortado de forma diferente pela LAV. De acordo com o artigo 22.º, qualquer das partes pode pedir que seja decretada uma providência cautelar e, em simultâneo, uma ordem preliminar. A ordem preliminar é decidida sem prévia audição da contra parte e tem como fim não frustrar a providência cautelar.

O que distingue ordem preliminar da providência cautelar não é apenas o diferente regime processual, em especial a não audição prévia do requerido. Repare-se que a Lei não define ordem preliminar como faz para as providências cautelares, mas esclarece qual a sua finalidade: a de garantir que a providência cautelar é útil. Por esta característica podemos perceber qual o conceito de ordem preliminar.

Trata-se de uma decisão do tribunal que, de acordo com o pedido da parte que requer a providência cautelar, visa prevenir a frustração desta. Na expressão de Ribeiro Mendes, é um medida pré-cautelar, uma injunção

²⁶³ Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado – Volume 2.º*, 2008, p. 1. Embora hoje, com o regime da inversão do contencioso, nem sempre seja necessária a propositura de ação principal – artigo 369.º CPC.

²⁶⁴ Documentos UNCITRAL A/CN.9/WG.II/WP.141 e A/CN.9/523, p. 13, disponíveis em www.uncitral.org; Ana Paula Matos Martins, *A Tutela Cautelar na Lei-Modelo da CNUDCI e a Revisão da Lei de Arbitragem Voluntária*, 2009, p. 68.

²⁶¹ Armindo Ribeiro Mendes, *As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral*, 2009.

²⁶² Armindo Ribeiro Mendes, *As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral*, 2009, p. 95.

provisória do tribunal arbitral para garantir a eficácia da medida cautelar a decretar.²⁶⁵

Assim, a ordem preliminar pode ser idêntica ou diferente da providência, sendo porém sempre instrumental em relação a esta.

Acompanho Peter Binder quando escreve que “a expressão não é apenas um outro nome para providência cautelar, mas antes um instrumento específico decretado por um tribunal arbitral que ordena à parte contra quem a medida é requerida que omita a prática de atos que possam frustrar a providência cautelar requerida até que o tribunal – depois da audição da contraparte – a decida.”²⁶⁶

Esta sua dependência leva-nos ao elenco do artigo 20.º LAV, porque não se pode admitir ordens preliminares de fim diverso ou maior que a providência que visa acautelar.

Explicando melhor, a ordem preliminar define-se como uma medida que pretende garantir que a providência requerida obtém o seu efeito útil. A medida pedida a título de ordem preliminar pode ser exatamente igual à providência requerida ou ser diferente, mas não pode, obviamente, ter fim diverso, mais amplo que a providência em relação à qual é instrumental. Por isso, o âmbito de admissibilidade de uma ordem preliminar é o mesmo que o de uma providência cautelar. Estando estas delimitadas pela enumeração exaustiva do artigo 20.º n.º 2, terá de incluir-se aqui também a ordem preliminar.

Só poderá então ser admitida uma ordem preliminar que se enquadre na enumeração exaustiva prevista para as providências cautelares no artigo 20.º n.º 2 LAV que, em simultâneo, seja idêntica ou instrumental à providência cautelar concomitantemente requerida.

Daqui resulta então que o âmbito da competência cautelar do tribunal arbitral não é diferente consoante se trate de proferir uma providência cautelar ou uma ordem preliminar. Os limites serão exatamente os mesmos, dada a instrumentalidade de uma figura em relação à outra.

²⁶⁵ AA. VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012, p. 52 (Armando Ribeiro Mendes).

²⁶⁶ “This term is not just another name for an interim order, but rather a specific instrument which is issued by the arbitral tribunal and which directs the party against whom the requested interim measure is directed to take no action to frustrate the requested interim measure until the tribunal has – after hearing this party’s view on the requested interim measure – ruled on the application for the measure.” Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, London, Sweet & Maxwell – Thomas Reuters, 2010, p. 251. Também Ana Paula Matos Martins, *A Tutela Cautelar na Lei-Modelo da CNUDCI e a Revisão da Lei de Arbitragem Voluntária*, 2009, p. 71, entende que a ordem preliminar não se confunde com a providência cautelar.

c. Como se referiu anteriormente, a lista constante do artigo 20.º n.º 2 LAV deve ser considerada exaustiva, pelo que se torna importante perceber o que cabe em cada uma das previsões do preceito. Em especial, é necessário esclarecer se é ou não admissível, face à letra da lei, o decretamento de providências de natureza executiva e, por ter já gerado alguma polémica em termos internacionais, de *anti-suit injunctions*.

Tratarei destas duas questões autonomamente, dado exigirem uma reflexão aprofundada.

Mas começarei por analisar as definições ou exemplificações legais. À partida podemos retirar a conclusão que a terminologia utilizada foge à do Código de Processo Civil, pois aqui não encontramos qualquer referência nem a providência cautelar comum, nem a qualquer uma das providências cautelares especificadas previstas nos artigos 377.º e seguintes CPC.

Daqui se retiram duas asserções que só aparentemente parecem de sentido contrário: se por um lado, as medidas cautelares que o tribunal arbitral pode declarar não necessitam de ter qualquer correspondência com as admitidas no processo civil; por outro, o tribunal arbitral não tem qualquer impedimento legal ao decretamento de medidas de conteúdo idêntico, ainda que sem utilização da nomenclatura processualista.²⁶⁷

Desde, portanto, que a medida requerida se insira em alguma das alíneas do artigo 20.º n.º 2 LAV, nenhuma circunstância impede que o tribunal arbitral a decrete. Não se torna necessário, assim, atender às especificidades de cada uma das providências cautelares tipicamente previstas no Código de Processo Civil. É, aliás, recomendável que não se siga a tentação de fazê-lo, na medida em que apenas interessa preencher alguma das previsões da LAV.

As providências previstas neste preceito distinguem-se pelos seus diversos fins: conservar a situação existente; assegurar a estabilidade do processo arbitral; garantir da execução da sentença arbitral; preservar a prova.

Estão, assim, previstas em primeiro lugar, providências conservatórias que se definem como aquelas que visam manter inalterada a situação, de facto ou de direito, existente, evitando alterações prejudiciais.²⁶⁸

²⁶⁷ AA. VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 48.

²⁶⁸ José Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado – Volume 2.º*, 2008, p. 8.

Trata-se, noutras palavras, de manter o *status quo* até ao proferimento da decisão final.²⁶⁹

São exemplos deste tipo de providência a intimação a uma das partes para que se abstenha de determinada conduta, como a suspensão da execução do contrato, que pode consistir, por exemplo, na realização de uma obra ou na entrega de certos bens objeto desse contrato. A medida conservatória decretada também pode ser exatamente a contrária, caso o pedido seja o oposto. Por exemplo, pode decretar-se a suspensão de uma obra ou a não utilização de uma coisa. Ainda neste âmbito, pode ser ordenado a uma parte que não revele certos segredos comerciais, ou execute um título de crédito, ou não utilize certos direitos protegidos por propriedade intelectual ou industrial.²⁷⁰

O artigo 20.º n.º 2 a) LAV refere-se apenas a medidas conservatórias, não abrangendo, na sua letra, providências que tenham como fim antecipar a decisão final de mérito ou uma providência executiva futura. No entanto, esta limitação não é inteiramente certa, na medida em que, por um lado, a função conservatória converge, muitas vezes, na antecipatória²⁷¹ e, por outro lado, a função antecipatória (de uma medida executiva) está claramente prevista na alínea c) deste artigo 20.º n.º 2.

Assim, por exemplo, a suspensão da deliberação social antecipa a decisão final que a declare nula ou anulada e a suspensão de obra antecipa a decisão que ordene a sua não realização.²⁷²

Serão, pois, admissíveis as medidas conservatórias independentemente de em simultâneo realizarem fins antecipatórios. Aliás, o facto de a enumeração da LAV ser de fins tem como resultado a hipótese de sobreposições, já que uma mesma providência pode prosseguir diversos fins previstos neste preceito. Esta sobreposição não coloca qualquer problema, tendo

²⁶⁹ Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2010, p. 243.

²⁷⁰ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration – Volume II*, 2009, p. 2001; Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, 2005, p. 12.

²⁷¹ José Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado – Volume 2.º*, 2008, p. 10.

²⁷² José Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado – Volume 2.º*, 2008, p. 9.

sido expressamente reconhecida pelo Grupo de Trabalho da UNCITRAL nos trabalhos preparatórios da Lei-Modelo.²⁷³

Neste âmbito tem interesse discutir se medidas como pagamentos antecipados ao credor são admissíveis. Refiro-me ao *interim payment*, um pagamento parcial ou total do montante pedido que pode, depois e naturalmente, ser revisto na decisão final.²⁷⁴ Estes pagamentos antecipados têm como fim garantir à parte a sobrevivência, caso os montantes em causa sejam decisivos para a sua eventual rutura financeira ou insolvência. Este pagamento cautelar é reconhecido por algumas ordens jurídicas e recusado por outras.²⁷⁵

De facto, não são conhecidas na nossa ordem jurídica, mas não é este o critério decisivo porquanto, como se adiantou já, os pressupostos da LAV relativamente às medidas cautelares são diferentes e autónomos face ao Código de Processo Civil.

Ora, este tipo de pagamento pode ser consequência de uma ordem de cumprimento do contrato, de manutenção do seu cumprimento ou, em sentido oposto, de devolução de algo prestado em restauração da situação anterior. Nestes casos não se vê como excluir da alínea a) do n.º 2 do artigo 20.º LAV. É evidente que os requisitos do artigo 21.º LAV têm de estar preenchidos, mas estando-os nada impede que o tribunal decrete tais medidas.

O segundo tipo de providências previsto destina-se a assegurar a estabilidade do processo arbitral. Há doutrina, como Ali Yesilirmak, que inclui nesta fórmula as medidas conservatórias que estão na letra abrangidas pela alínea a) deste n.º 2 do artigo 20.º. No entender deste Autor, no tipo de providências relacionadas com o decurso da arbitragem e as relações entre as partes incluem-se medidas como ordens para manter a execução do contrato durante o processo arbitral, ordens para suspender a prática de atos até ao proferimento da sentença arbitral, etc.²⁷⁶

²⁷³ Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, London, 2010, p. 243.

²⁷⁴ Idêntica função tem o instituto do direito francês *référé provision* – cfr. Armindo Ribeiro Mendes, *As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral*, 2009, p. 94.

²⁷⁵ Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, 2005, p. 12; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration – Volume II*, 2009, p. 2008.

²⁷⁶ Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, 2005, p. 11-12.

Esta sobreposição não foi ignorada na preparação da Lei Modelo – na verdade, o Grupo de Trabalho reconheceu a justaposição das duas alíneas, mas preferiu mantê-las separadas por entender que poderia ser benéfico em alguns sistemas jurídicos.²⁷⁷ A enunciação é de fins, não de providências, pelo que o preenchimento simultâneo de várias alíneas não levanta qualquer problema.

A questão mais discutida pelo Grupo de Trabalho e, em consequência, pela doutrina foi a da competência do tribunal arbitral para decretar *anti-suit injunctions*. As *anti-suit injunctions* são decisões em que tribunal proíbe uma das partes de iniciar um processo judicial sobre o objeto da arbitragem. Uma tradução possível para a expressão inglesa é *ordens de abstenção judicial*, o que é o mesmo que dizer proibição de atuação judicial.

Dada a novidade deste tema no ordenamento jurídico português e a importância que tem assumido a nível internacional, será tratado em ponto autónomo, para onde se remete.

A terceira alínea do artigo 20.º n.º 2 LAV refere-se a providências que assegurem a preservação de bens sobre os quais uma sentença arbitral subsequente possa ser executada.

O tipo de medidas incluídas nesta alínea são, nos exemplo de Yesilirmak, ordens para não retirar bens de certo território nacional; depositar quantias em dinheiro em contas conjuntas ou à ordem do tribunal; depositar os bens objeto de disputa junto de um terceiro ou para não os retirar de certo lugar; apresentar garantia de pagamento de custos da arbitragem (*security for costs*) ou da totalidade ou parte dos montantes pedidos.²⁷⁸

Muitas dúvidas se levantam, porém, quanto à possibilidade de a alínea em causa – a c) do n.º 2 do artigo 20.º LAV – poder incluir todo este amplo espectro de providências. De facto, há vários pontos que levantam discussão, o mais importante sendo o de determinar se estão aqui incluídas as chamadas providências de natureza executiva. Pela sua importância tratarei esta questão em ponto autónomo, para o qual se remete.

Um outro foco de discussão na doutrina tem sido a inclusão das garantias de pagamento de custas do processo arbitral, conhecido na sua expressão inglesa *security for costs*.

²⁷⁷ Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2010, p. 243.

²⁷⁸ Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, 2005, p. 12.

Este tipo de decisão é comum em ordens jurídicas da *common law* e visa assegurar que a parte que perde – e, logo, suporta os custos da litigância – tem os meios para o fazer. Por regra é dirigida contra o demandante quando a sua pretensão parece não ter fundamento e, designadamente, quando a sua ação está a ser financiada por um terceiro (*third party funding*). Entende-se que este tipo de ordem não pode ser proferido contra o demandado porque poria em causa o seu direito de defesa.²⁷⁹

Como é fácil de ver este tipo de medidas preliminares relaciona-se diretamente com os elevados custos da litigância em certos ordenamento jurídicos e com a regra da responsabilidade total da parte perdedora por esses montantes. Não se confunde com os adiantamentos ou preparos, em regra iguais para ambas as partes, e que garantem ao tribunal os fundos necessários para prosseguir com o processo arbitral.

O Grupo de Trabalho da UNCITRAL responsável pela elaboração da Lei Modelo abordou esta questão, acabando por concluir que não se devia permitir ao tribunal arbitral que proferisse este tipo de decisões dado o seu desconhecimento em muitos ordenamentos jurídicos e o risco que poderiam colocar ao direito de ação e ao seu reflexo direito de defesa.²⁸⁰

Parece dever sufragar-se este entendimento, tendo em conta o exotismo deste tipo de providência e a sua eventual inutilidade dado que, primeiro, os custos da litigância são consideravelmente mais baixos no nosso ordenamento jurídico e, segundo, não se aplicar, em princípio, a regra da responsabilidade total (incluindo honorários de advogado) da parte perdedora. Acresce que as regras sobre honorários e despesas dos árbitros (que representam tão só uma parte das custas na perspetiva dos regimes de *common law*) nada referem quanto a este tipo de possibilidade, determinando antes a extinção do processo arbitral caso alguma das partes não cumpra o adiantamento da sua parte (artigo 17.º n.º 5 LAV).

A própria letra do preceito – *assegure a preservação de bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada* – foi escolhida de forma a não incluir este tipo de providências, estando visivelmente orientada para medidas que garantam a utilidade material da sentença final, ou seja, da condenação do

²⁷⁹ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration – Volume II*, 2009, p. 2005; Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, 2005, p. 216.

²⁸⁰ A/CN.9/523, p. 12, disponível em www.uncitral.org; Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2010, p. 245.

demandado ou do demandante (caso haja pedido reconvenicional) a pagar um determinado montante ou entregar alguma coisa.²⁸¹

Estarão, portanto, aqui incluídas medidas de preservação da garantia da execução da eventual condenação, incluindo-se quer providências relativas ao objeto do litígio (que estarão por regra também previstas na primeira alínea), quer medidas relativas a assegurar o pagamento, ou seja, medidas que antecipam a execução da sentença, como sejam a apreensão de bens que sirvam de garantia à obrigação. Veremos no ponto seguinte se isto integra ou não providências de natureza executiva, em especial se inclui o arresto.

A última alínea do artigo 20.º n.º 2 LAV é a que oferece menos dificuldades. Tem em vista a preservação da produção de prova, reconduzindo-se em geral à produção antecipada de prova. O único aspeto que gerou dúvidas é a utilização da expressão *relevantes e importantes* (tradução de *relevant and material*), na medida em que não é clara a diferença entre os dois requisitos e, tendo em conta que são cumulativos, como se preenchem ambos.

O Grupo de Trabalho, mais uma vez, tomou nota desta objeção, mas entendeu manter a redação por ser originária da *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* e, logo, sobejamente conhecida no âmbito da arbitragem internacional.²⁸²

Assim, para que um meio de prova seja considerado relevante (*relevant*) tem de estar relacionado com a disputa e para que seja importante (*material*) tem de ter valor enquanto meio de prova.²⁸³

Analisadas as diversas alíneas do artigo 20.º n.º 2 LAV, ficam por tratar duas questões, as que têm suscitado mais debate: por um lado a competência do tribunal arbitral para decretar medidas cautelares de natureza executiva e, em segundo lugar, a possibilidade de proferir ordens de abstenção judicial.

5.7.1. Admissibilidade de providências executivas

Tem sido bastante discutida a admissibilidade de decretamento de providências executivas pelos tribunais arbitrais. Já o era à luz da LAV 86, mantém-se com a nova lei. Não é, na verdade, um tema fácil pois coloca-se

nos limites dos poderes que o Estado pode reconhecer a um tribunal privado, como é o arbitral.

A competência executiva de um tribunal pode definir-se como a possibilidade de este decretar atos imediatamente executáveis.²⁸⁴ Mais em concreto, significa a possibilidade de, não sendo essas ordens cumpridas espontaneamente pelas parte ou por terceiros, poder exercer a força pública (através de oficial de justiça, agente de execução e/ou de autoridade policial) para os levar a cabo. Trata-se, portanto, do exercício de poderes de autoridade na sua máxima expressão: autoridade pública, perante todos, a que todos devem obediência.

É certo que os tribunais arbitrais não têm esta competência executiva. Não o têm relativamente à sentença arbitral, cuja execução se faz através de tribunal judicial (artigos 47.º e 48.º LAV); não o têm quanto às providências cautelares, cuja execução se faz também através de tribunal judicial (artigos 27.º e 28.º LAV).

Este aspeto é seguro – a doutrina não tem quaisquer dúvidas, a lei é claríssima.

Mas a conclusão não permite, porém, encerrar de imediato a discussão. O facto de os tribunais arbitrais não terem competência executiva não significa que não possam pronunciar decisões executáveis. Isto não faria, aliás, qualquer sentido, não só porque retiraria aos tribunais arbitrais quase toda a sua competência²⁸⁵, como porque a lei reconhece a executoriedade das decisões dos tribunais arbitrais. E não só da sentença, também, desde a nova LAV, das providências cautelares.

Os tribunais têm, pois, competência cautelar, mas apenas declarativa, isto é, as decisões que profiram terão sempre, caso não sejam espontaneamente cumpridas, de ser executadas através do tribunal judicial.

Portanto, o que se pode concluir da lei é aquilo que já anteriormente Paula Costa e Silva havia defendido: todas as providências cautelares têm um momento declarativo e, desde que este momento seja cindível do executivo, é admissível o seu decretamento por tribunal arbitral.²⁸⁶

²⁸¹ A/CN.9/523, p. 12, disponível em www.uncitral.org.

²⁸² Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2010, p. 245.

²⁸³ A/CN.9/589, p. 7, disponível em www.uncitral.org

²⁸⁴ AA. VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012, p. 49 (Armindo Ribeiro Mendes); Paula Costa e Silva, *A Arbitrabilidade de Medidas Cautelares*, 2003, ponto 3.1.

²⁸⁵ A LAV reconhece uma situação em que o tribunal pode decretar medidas não executáveis – as ordens preliminares – mas é manifestamente excecional.

²⁸⁶ Paula Costa e Silva, *A Arbitrabilidade de Medidas Cautelares*, 2003, ponto 3.1.

O problema não está, pois, na natureza executiva da providência, mas antes na impossibilidade de a execução ser realizada sem o auxílio do tribunal judicial. Ou seja, o problema não está em o tribunal arbitral decretar determinada providência – desde que a medida se inclua nos fins previstos na lei e se preencham os requisitos para o seu decretamento, o tribunal poderá fazê-lo. Não poderá é, caso a ordem não seja voluntariamente cumprida, executá-la pelos seus próprios meios. Isso implicaria uma justiça privada, que se entende comumente não tolerável por um Estado de Direito.²⁸⁷

O tribunal arbitral terá, pois, de decidir conforme a sua competência, ou melhor, conforme aos poderes que lhe são legalmente atribuídos: poderes tão só declarativos. Isto não o impede de decretar medidas executáveis, apenas o impede de as executar por si.

Daí que não faça muito sentido caracterizar a natureza das providências, até porque o tribunal arbitral não está, nem deve estar, submetido à tipologia de providências própria do Processo Civil. Se determinada providência aí prevista não se coaduna com a competência do tribunal arbitral, conforme se deixou delineada, este não poderá naturalmente decretá-la. Mas nada o impede de decidir algo que produza o mesmo efeito e, caso não seja voluntariamente cumprido, remeter a parte que pretenda a execução para tribunal judicial.

Explicando por outras palavras, o tribunal arbitral tem de analisar se a medida requerida pela parte preenche a tipologia exaustiva de fins do artigo 20.º n.º 2 e se preenche os requisitos dos preceitos seguintes, conforme se trate de ordem preliminar ou de providência cautelar. Verificados estes requisitos deve proferi-la, sem qualquer preocupação de equiparação com as medidas previstas no Código de Processo Civil. Caso não haja cumprimento espontâneo da medida, restará à parte requerente pedir a sua execução em tribunal judicial.

Estas conclusões têm estado subjacentes, penso, às posições doutrinárias sobre esta matéria.

²⁸⁷ Na verdade, o Decreto-Lei 226/2008, de 20 de novembro, veio admitir a arbitragem institucionalizada no âmbito da ação executiva, mas de forma muito limitada e colocando dificuldades consideráveis. Até hoje, nenhum centro foi aprovado nos termos deste diploma, que foi entretanto revogado pelo novo CPC. Cfr. Mariana França Gouveia, *A Novíssima Ação Executiva, Análise das Mais Importantes Alterações*, 2009, p. 590 e seguintes.

Particular foco de discussão tem sido o arresto, a possibilidade de o tribunal arbitral decretar um arresto. Embora, como se disse, o tipo “arresto”, na sua natureza processual civil não deva ser cegamente aplicado na arbitragem (porque a LAV não utiliza essa tipologia como o faz o Código de Processo Civil), o certo é que o arresto é também um tipo civil, substantivo, com efeitos materiais importantes, entre eles, a ineficácia dos atos de disposição posteriores ao seu decretamento (artigo 622.º Código Civil).

A pergunta que se impõe responder é a de saber se o tribunal arbitral pode decretar um arresto ou uma medida com os mesmos efeitos. Para responder a esta questão é necessário analisar a natureza do arresto e as suas características pois serão estas a determinar se se enquadram ou não na competência cautelar declarativa dos tribunais arbitrais.

O arresto traduz-se materialmente numa apreensão judicial de bens que são entregues a um depositário, que os guarda e administra em nome do tribunal.²⁸⁸ Em termos jurídicos é controversa a sua qualificação. Lebre de Freitas caracteriza-a como uma garantia real, na medida em que, tal como a penhora, confere ao credor o direito a ser pago com preferência em relação a outros credores comum.²⁸⁹

Realmente, é em tudo idêntico à penhora – na verdade é uma antecipação da penhora, uma penhora provisória se se quiser. Nestes termos, os seus efeitos civis são equiparados, conforme estipula o artigo 622.º CC.

Já Rui Pinto Duarte discorda da qualificação do arresto enquanto direito real de garantia, na medida em que não é possível reconhecer um efeito definitivo a uma medida provisória. Acrescenta ainda a dificuldade de aplicação do regime da penhora ao arresto, na medida em que, nos termos dos artigos 777.º n.º 5 e 794.º CPC, a consequência da reclamação de créditos com fundamento numa penhora é a sustação da que ocorreu em segundo lugar. Ora tal efeito não pode ser aplicado ao arresto²⁹⁰, pois este esgota-se na sua decretação e execução, ao passo que a penhora é instrumental à venda do bem.

²⁸⁸ José Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado – Volume 2.º*, 2008, p. 124.

²⁸⁹ José Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado – Volume 2.º*, 2008, p. 124.

²⁹⁰ Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, 2013, p. 304.

Enquanto a sustação da ação executiva onde foi decretada a segunda penhora permite a venda do bem e, através do produto da venda, o pagamento aos credores titulares das penhoras; a sustação da ação executiva quando é reclamado um arresto, implicaria a impossibilidade de venda do bem e, logo, de ressarcimento dos credores através do património do devedor. Não pode, pois, aplicar-se o regime da penhora ao arresto que serviu de fundamento a uma reclamação de créditos em ação executiva.

Rui Pinto Duarte entende, por estas razões, que o arresto não consubstancia um direito real de garantia completo, mas apenas um direito real *in faciendo*.²⁹¹

Há, pois, que tomar posição sobre esta questão, na medida em que a caracterização do arresto, como se verá, é importante para o problema que nos ocupa.

Concordo aqui com Lebre de Freitas: parece-me que a natureza real do arresto decorre diretamente do seu regime civil. O artigo 622.º n.º 2 do Código Civil faz uma equiparação plena entre arresto e penhora. E o n.º 1 deste preceito atribui-lhe eficácia contra terceiros ao fulminar com a ineficácia os atos de disposição, naturalmente com terceiros, que o titular dos bens celebre.

O regime processual decorrerá, depois, destas regras – a equiparação é, aliás, material e não processual. O artigo 622.º equipara o regime substantivo, ou seja, as regras contidas no Código Civil (artigos 819.º e seguintes) e não os particulares aspetos de tramitação processual.

O arrestante, nos termos do artigo 822.º CC, adquire pelo arresto o direito de ser pago com preferência a qualquer outro credor que não tenha garantia real anterior, cessando essa preferência caso haja insolvência do devedor (artigo 130.º Código da Insolvência).²⁹²

A natureza provisória da garantia não impede este efeito que pode sempre ser revertido, não só através da responsabilidade geral do requerente, nos termos do artigo 374.º CPC, como também em último caso do instituto do enriquecimento sem causa.

A natureza provisória recomendaria, aliás, que a garantia se transferisse para o produto da venda dos bens arrestados, de acordo com a graduação, ficando suspenso o pagamento até à decisão definitiva.

²⁹¹ Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, 2013, p. 204.

²⁹² Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado – Volume I*, Coimbra, 1987, p. 640.

Assim, caso sejam penhorados bens sobre os quais incide um arresto, o arrestante é chamado a reclamar o seu crédito como qualquer outro credor real, nos termos do artigo 865.º CPC. Sendo reconhecido o seu direito, será pago do produto da venda dos bens penhorados de acordo com a sua graduação.

O arresto é, assim, em termos jurídicos um direito real de garantia que se realiza através da apreensão física dos bens a arrestar e, caso estejam sujeitos a registo, através do respetivo registo.²⁹³ Como disse inicialmente, é em tudo idêntico à penhora, exceto no seu carácter provisório. Nas palavras expressivas de Lebre de Freitas, o arresto constitui a antecipação da penhora.²⁹⁴

A possibilidade de o tribunal arbitral decretar tal medida foi, então, motivo de polémica na doutrina e na jurisprudência portuguesas. Se entre a doutrina havia claramente uma posição maioritária quanto à inadmissibilidade da competência do tribunal arbitral para o decretamento do arresto²⁹⁵, na jurisprudência havia decisões diversas, não podendo desenharse com clareza nenhuma tendência²⁹⁶.

Mesmo com a aprovação da nova LAV continua a sê-lo, na medida em que esta em nenhum momento se refere especificamente a este tipo de

²⁹³ José Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado – Volume 2.º*, 2008, p. 126.

²⁹⁴ José Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado – Volume 2.º*, 2008, p. 10.

²⁹⁵ No sentido da sua admissibilidade, pronunciou-se Calvão da Silva, *Tribunal Arbitral e Providências Cautelares*, 2008, p. 106. Contra: Armindo Ribeiro Mendes, *As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral*, 2009, p. 91; Mário Raposo, *Tribunais Arbitrais e Medidas Cautelares*, 2006, p. 40 e também em *Arresto decretado por Tribunal Arbitral*, 2007, ponto II.5; Paula Costa e Silva, *A Arbitrabilidade de Medidas Cautelares*, 2003, ponto 3.1.

²⁹⁶ Contra a admissibilidade de providências cautelares, quer declarativas, quer executivas (à luz da LAV 86, veja-se o Acórdão da Relação de Lisboa de 18 de setembro de 2008 (Proc. n.º 3612/2008-8). Já o Acórdão da Relação de Lisboa de 21 de novembro de 2006 (CJ, 2006, V, p. 891), na conhecida situação Projuris, admitiu, ainda que indiretamente, a competência do tribunal arbitral para decretar arresto. Por último, também a propósito do Projuris, a Relação de Lisboa havia acompanhado a tese de Paula Costa e Silva de separação entre competência cautelar declarativa e executiva, mas não decidiu, por razões processuais, o fundo da questão – Acórdão de 9 de novembro de 2006 (CJ, 2006, V, p. 84). Para mais desenvolvimentos, ver Armindo Ribeiro Mendes, *As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral*, 2009, p. 83-86.

medidas e a doutrina que se tem pronunciado defende a inadmissibilidade do seu decretamento mesmo face à nova LAV.²⁹⁷

Se atentarmos na doutrina internacional que tem analisado o texto da Lei-Modelo, vemos que há referência a medidas do género do arresto – apreensão de bens que garantam a execução da sentença – mas não há qualquer menção a arresto ou medida equivalente.

A questão não está, portanto, na possibilidade de o tribunal arbitral decretar uma medida de apreensão de bens para que sirvam de garantia à futura e eventual execução da sentença. Isso está expressamente referido no artigo 20.º n.º 2 c) LAV. O problema reside apenas em saber se tal ordem pode ter os efeitos substantivos do arresto, ou seja, se pode constituir uma garantia real e ter como consequência a ineficácia de atos de transmissão posteriores.

Ora, estes efeitos só podem decorrer, obviamente, da providência cautelar típica denominada arresto e como tal regulada pela lei. Desde logo porque a isso o obriga o princípio da tipicidade dos direitos reais.

Como salienta Rui Pinto Duarte, “(...) a tipicidade (enquanto *numerus clausus*) é (...) co-essencial aos direitos reais. Se estes se caracterizam por consistirem em certas formas de aproveitamento dos bens – para gozo ou garantia – oponíveis a todos, parece difícil conceber que o legislador possa deixar a criação de novos tipos de direitos reais na disponibilidade de sujeitos privados. O legislador pode delinear os direitos reais como tipos mais abertos ou mais fechados, mas não poderá atribuir aos sujeitos privados o poder de criação de tipos não previstos na lei.”²⁹⁸

O tribunal arbitral não pode, como aliás não pode o tribunal judicial ou as partes, criar *ex novo* uma garantia real, pois só as tipicamente previstas na lei têm a eficácia *erga omnes* característica dos direitos reais.

Sendo assim, a medida em que o tribunal arbitral decretasse a apreensão de bens só teria estes efeitos *erga omnes* se fosse um arresto. Se este arresto se caracteriza como uma providência em simultâneo declarativa e executiva, o tribunal arbitral não a pode declarar.

No entender de Paula Costa e Silva, do mero facto de haver um decretamento de apreensão de bens se retira a natureza executiva do arresto, na medida em que constitui um exercício de poderes de autoridade:

²⁹⁷ Armindo Ribeiro Mendes, *As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral*, 2009 (Ano II), p. 97 e AA. VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012, p. 49.

²⁹⁸ Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, 2013, p. 40.

“A restrição de faculdades fundamentais, integradas na situação jurídica do titular dos bens arrestados, por acto heterónimo, consubstancia o exercício de um poder de autoridade, sendo, por isso, possível qualificar tanto o arresto, quanto a penhora, enquanto actos de exercício de poderes soberanos.”²⁹⁹

É que, conforme a Autora refere, o momento declarativo do arresto confunde-se com o seu momento executivo – a ordem e a sua execução são imediatas. Não há uma separação entre o decretamento da providência e o seu momento executivo, a apreensão dos bens. Essa fusão resulta desde logo da própria definição do Código de Processo Civil: o arresto consiste na apreensão judicial e não na ordem que ordene essa apreensão. Daqui decorre que os efeitos do arresto – a constituição da garantia real e a ineficácia dos atos de disposição – apenas se produzem quando essa apreensão é efetivamente feita (ou registada no caso de bens sujeitos a registo).

Não pode, pois, haver arresto sem apreensão, ou seja, não existe arresto meramente declarativo: só será arresto aquele que se desenrolar nos típicos termos previstos na lei, neste caso, no Código de Processo Civil. Ora, se o tribunal arbitral não pode ordenar que a apreensão se faça através de agente público, não cabe na sua competência o decretamento do arresto.

Repare-se também numa outra particularidade: o arresto é sempre decretado sem audiência prévia do requerido, conforme estatui o artigo 408.º n.º 1 CPC.³⁰⁰ O que significa que, caso se admitisse a competência do tribunal arbitral, o arresto seria decretada através de uma ordem preliminar, ordem que é inexecutável nos termos do artigo 23.º n.º 5 LAV. Daqui se retira também a impossibilidade, face ao regime legal, de admitir o decretamento de um arresto pelo tribunal arbitral. Um “arresto” inexecutável não é obviamente um arresto.

Em conclusão, inexistindo competência executiva do tribunal arbitral não pode este decretar medidas típicas em que o momento declarativo e executivo se confundam, como é o caso do arresto.

O que se disse não implica, repare-se, que o tribunal não possa decretar uma medida que, materialmente, se assemelhe ao arresto, designadamente

²⁹⁹ Paula Costa e Silva, *A Arbitrabilidade de Medidas Cautelares*, 2003, ponto 3.1.

³⁰⁰ José Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado – Volume 2.º*, 2008, p. 133.

ordenar ao requerido que entregue a terceiro certos bens. Estas medidas não poderão é subsumir-se ao tipo arresto, à garantia real assim estabelecida pelo legislador, e por isso não beneficiam dos seus efeitos.

Caso a parte requerente da providência pretenda o arresto dos bens do devedor com as respetivas consequências legais terá de o requerer junto dos tribunais judiciais, que mantêm, mesmo durante a pendência do processo arbitral, competência cautelar (artigo 29.º LAV).

5.7.2. Admissibilidade das ordens de abstenção judicial (*anti-suit injunctions*)

As *anti-suit injunctions* são um instrumento conhecido dos direitos de *common law* que visam impedir que uma parte proponha uma ação com cariz meramente dilatório. Tipicamente, requer-se tal ordem do tribunal quando, no decurso de um processo, se desconfia que a parte contrária terá a intenção de propor uma ação noutra tribunal para suspender, atrasar ou de alguma forma complicar o decurso do primeiro processo. Pede-se então ao tribunal que ordene à parte contrária que se abstenha de propor noutra tribunal qualquer ação ou procedimento que vise parar ou dificultar o processo arbitral. Uma *anti-suit injunction* é, assim, uma ordem proferida pelo tribunal e dirigida a uma parte de abstenção judicial.³⁰¹ Tanto pode ser requerida ao tribunal arbitral para que este ordene à parte que se abstenha de propor ação judicial que prejudique o regular andamento do processo arbitral, como pedido ao tribunal judicial para que a parte se abstenha de propor outra ação judicial ou arbitral. Neste último caso, é denominada como *anti-arbitration injunction*.

A situação que está agora em discussão é, naturalmente, aquela em que uma parte requer ao tribunal arbitral que ordene à parte contrária que se abstenha de propor ação judicial ou arbitral com o intuito de prejudicar o processo arbitral em curso. Por regra, tal é pedido quando a parte requerida sustenta a invalidade da convenção de arbitragem e pretende

³⁰¹ Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2010, p. 244; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration – Volume II*, 2009, p. 2010; Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, 2005, p. 10, nota 44; Miguel Teixeira de Sousa, *A incompatibilidade das anti-suit injunctions com o Regulamento (CE) n.º 44/2001*, 2009, p. 199.

iniciar processo judicial,³⁰² mas pode naturalmente ocorrer noutra tipo de circunstâncias.

A providência cautelar prevista no artigo 20.º n.º 2 b) parece abranger, na sua letra, este tipo de pedidos. Quando ao tribunal arbitral é pedido que ordene a uma parte que se abstenha de praticar atos que provavelmente causem dano ou prejuízo relativamente ao processo arbitral, um desses pedidos pode consistir precisamente numa ordem de abstenção de propor ações judiciais sobre o objeto da arbitragem.

A inserção nas providências cautelares das *anti-suit injunctions* foi, aliás, fruto de discussão no seio do Grupo de Trabalho, que acabou por se decidir pela sua inclusão.³⁰³

Os delegados que se expressaram contra a introdução deste tipo de providências no texto da Lei Modelo baseavam a sua posição na inexistência de tais mecanismos em muitos ordenamentos jurídicos, acrescentando que em alguns eram considerados contrários ao direito de ação. Dizia-se, ainda, que poderia haver resistências em alguns países em adotar a figura, o que frustraria a finalidade de harmonização subjacente à Lei Modelo.³⁰⁴ Foi ainda referido, de uma diferente perspetiva, que a inclusão de tão importante instituto sem uma reflexão cuidada poderia contribuir para a deturpação do mesmo, em especial por o fazer confundir com as providências cautelares. Na verdade, as *anti-suit injunctions* não são providências cautelares, mas antes uma espécie de pedido (pedido de abstenção de atuação judicial) que pode assumir a forma urgente ou não.³⁰⁵

Já os defensores da inclusão destas medidas no catálogo das providências cautelares alegavam que a sua importância e utilização crescia na arbitragem internacional e que o facto de não serem conhecidas em todos os ordenamentos jurídicos deveria ser visto como uma razão para a sua consagração na Lei Modelo, precisamente para difundir a sua utilização. Estes são instrumentos de proteção do processo arbitral e, logo, no entendimento dos seus defensores, devem estar ao dispor das partes e do próprio tribunal. Os defensores das *anti-suit injunctions* mais afirmavam

³⁰² AA. VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012, p. 107.

³⁰³ A/CN.9/589, p. 6-7, disponível em www.uncitral.org

³⁰⁴ A/CN.9/547, p. 21, disponível em www.uncitral.org; Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2010, p. 244.

³⁰⁵ A/CN.9/547, p. 21, disponível em www.uncitral.org

que a limitação do direito de ação não existe porque a parte contra quem é proferida pode sempre requerer, junto do tribunal judicial da sede da arbitragem, a anulação da decisão com fundamento na invalidade da convenção de arbitragem.³⁰⁶

A posição final do Grupo de Trabalho foi então a de entender que se incluía na disposição a possibilidade de o tribunal arbitral decretar ordens de abstenção judicial. O que significa, portanto, que se pode incluir na letra do artigo 20.º n.º 2 b) LAV a referência às ordens de abstenção judicial.

Estes argumentos, retirados da história legislativa e da letra da lei, têm porém de ser ponderados com outros, decorrentes da inserção da regra no sistema jurídico português.

A LAV assume posição sobre as ações de abstenção judicial, essencialmente proibindo a sua existência. No artigo 5.º n.º 4 LAV estabelece-se que qualquer questão relativa à eficácia da convenção de arbitragem não pode ser discutida autonomamente em ação de simples apreciação proposta em tribunal judicial quando tenha por fim impedir a constituição ou o funcionamento de um tribunal arbitral. Esta regra surge no artigo que trata o efeito negativo da convenção de arbitragem, nos termos do qual a competência do tribunal judicial para apreciar uma ação relativamente à qual exista convenção de arbitragem (alegada por uma das partes) é excepcional, apenas existindo quando a convenção seja manifestamente ineficaz.

A norma proscreeve, assim, do ordenamento jurídico português as *anti-arbitration injunctions*.³⁰⁷ Tendo em conta esta regra, seria razoável pensar-se que o tribunal arbitral poderia decretar, no âmbito de uma providência cautelar, uma ordem de abstenção judicial com este objeto. Estaria, na verdade, a limitar-se a ordenar a uma parte que se abstinisse de atuar ilícitamente. A norma em análise, ao proibir as *anti-arbitration injunctions* estava, por sua vez, a admitir as *anti-suit injunctions*.

Mas também se poderia retirar conclusão inversa: que a proibição da ordem de abstenção arbitral consubstancia o afloramento de uma regra geral de proibição da figura da ordem de abstenção jurisdicional, onde se inclui quer a arbitral, quer a judicial.

O problema, porém, tem ainda outras facetas. Uma decisão recente do Tribunal de Justiça veio estabelecer que este tipo de ações violam o Direito

Europeu. O caso, conhecido como *West Tankers*³⁰⁸, tratou um pedido de decisão prejudicial requerida pela *House of Lords* (Reino Unido) numa ação que opunha duas seguradoras (a Allianz e a Generali) à West Tankers.

Em agosto de 2000, um navio pertencente à West Tankers e fretado pela Erg colidiu em Itália com o cais de embarque, produzindo danos. O contrato entre a West Tankers e a Erg continha uma cláusula arbitral e escolhia como direito aplicável o inglês. A sede da arbitragem deveria ser Londres. A Erg pediu aos seus seguradores (a Allianz e a Generali) uma indemnização no montante máximo contratualmente admissível e, em simultâneo, iniciou arbitragem em Londres contra a West Tankers para ser indemnizada do restante. As seguradoras pagaram indemnização à Erg e iniciaram, em sequência, uma ação de responsabilidade civil contra a West Tankers no tribunal italiano de Siracusa. Invocaram o seu direito legal de sub-rogação nos termos do direito civil italiano.

A West Tankers invocou então uma exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário. Em simultâneo instaurou uma ação no tribunal estadual do Reino Unido requerendo que o tribunal declarasse que o litígio deveria ser submetido a arbitragem e que fosse dada uma ordem às seguradoras que as impedisse de prosseguirem o processo judicial no tribunal de Siracusa. Deram, pois, entrada de uma *anti-suit injunction*, uma ordem de abstenção judicial. O tribunal inglês deferiu o pedido, emitindo a ordem requerida. As seguradoras interpuseram recurso desta decisão, alegando que violava o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000.

A House of Lords, no âmbito deste recurso, requereu ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse sobre a questão de saber se a ordem de abstenção judicial fundamentada na existência de uma convenção de arbitragem viola o Regulamento 44/2001.

A defesa da não contrariedade ao Regulamento baseia-se sobretudo na exclusão que este faz, no artigo 1.º, da matéria da arbitragem. Mas o Tribunal esclareceu que a exclusão da matéria da arbitragem não implica que o Regulamento não se aplique nos casos em que haja questões prejudiciais relativas à arbitragem, em especial quando, como é o caso, numa ação de

³⁰⁶ A/CN.9/547, p. 22, disponível em www.uncitral.org/uncitral.

³⁰⁷ AA. VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012, p. 22 (Dário Moura Vicente).

³⁰⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de fevereiro de 2009, versão portuguesa por Miguel Teixeira de Sousa, *A incompatibilidade das anti-suit injunctions com o Regulamento (CE) n.º 44/2001*, 2009, p. 191-199.

responsabilidade civil, está em causa a existência de uma cláusula arbitral ou a vinculação de uma das partes a essa cláusula.

Assim, continua o Tribunal, no caso concreto, quando o tribunal italiano se pronunciar sobre a exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário aí invocada pela West Tankers, fa-lo-á ao abrigo do Regulamento. Se se permitisse que um tribunal impedisse outro de se pronunciar sobre a questão, estar-se-ia a obstar que decidisse sobre a sua própria competência. Admitir, portanto, a eficácia de uma *anti-suit injunction* como a decretada pelo tribunal inglês implicaria retirar o poder ao tribunal de conhecer da sua própria competência.

Por outro lado, no entender do Tribunal, a admissão destas ações vem abalar a confiança dos Estados Membros nos seus sistemas jurídicos e organizações judiciárias, base do regime de competências do Regulamento.

O Tribunal entende, assim, que a *anti-suit injunction* não é compatível com o Regulamento (CE) n.º 44/2001.

Miguel Teixeira de Sousa, em anotação este Acórdão, concorda com a posição defendida pelo Tribunal³⁰⁹, acrescentando porém duas notas de sentido diferente. Em primeiro lugar, refere que as *anti-suit injunctions* seria sempre inexecutáveis noutro Estado-Membro porque isso redundaria numa violação de ordem pública. Tratar-se-ia de restrição inadmissível ao direito de acesso aos tribunais e, em paralelo, à soberania do Estado do reconhecimento e execução.³¹⁰

Por outro lado, contudo, o Autor chama a atenção para a circunstância de a ordem de abstenção judicial ser dirigida a uma das partes e não ao tribunal. Para este é irrelevante não só a existência dessa ordem, como o comportamento da parte a quem se dirige: “qualquer que seja a conduta do interessado – que pode ser a de respeitar ou não respeitar essa proibição –, isso é completamente irrelevante para a competência do tribunal; nomeadamente, o tribunal não deixa de ser competente pela circunstância de a parte ter violado a *anti-suit injunction*.”³¹¹

³⁰⁹ No mesmo sentido Armindo Ribeiro Mendes, *As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral*, 2009, p. 113.

³¹⁰ Miguel Teixeira de Sousa, *A incompatibilidade das anti-suit injunctions com o Regulamento (CE) n.º 44/2001*, 2009, p. 202-3.

³¹¹ Miguel Teixeira de Sousa, *A incompatibilidade das anti-suit injunctions com o Regulamento (CE) n.º 44/2001*, 2009, p. 203.

Temos, em síntese, elementos literais do nosso ordenamento jurídico que indicam a admissibilidade de ordens de abstenção judicial (*anti-suit injunctions*), mas inadmissibilidade ordens de abstenção arbitral (*anti-arbitration injunctions*). O artigo 20.º n.º 2 b) LAV na sua letra inclui este tipo de pedidos, na sua modalidade de abstenção de exercício judicial, conforme resulta expressamente dos relatórios do Grupo de Trabalho já referidos. E o artigo 5.º n.º 4 LAV expressamente proíbe os pedidos de abstenção arbitral, ao determinar a inadmissibilidade de ações com esse propósito. Do conjunto destes dois preceitos poderia retirar-se a admissibilidade das ordens de abstenção judicial, a proferir pelo tribunal arbitral quer a título cautelar ou provisório, quer a título principal (o que será raro).

Em sentido contrário, o Acórdão do TJUE no Caso West Tankers pronunciou-se contra a admissibilidade de uma *anti-suit injunction*, sem se pronunciar sobre uma *anti-arbitration injunction*. Os argumentos utilizados pelo Tribunal podem, do meu ponto de vista, resumir-se a um ponto essencial: a competência que cada tribunal tem de decidir sobre a sua própria competência e, face à sua independência, autonomia e soberania (caso a ordem provenha de um país estrangeiro), a ineficácia de uma decisão de outro tribunal sobre a sua jurisdição.

Este argumento tem ainda mais força, é fácil de verificar, quando se fala ordens de abstenção judicial proferidas pelo tribunal arbitral (*anti-suit injunctions*). Neste caso, não se vê de onde se poderia retirar o fundamento jurídico para obrigar um tribunal judicial a respeitar uma ordem de um tribunal arbitral.³¹² Resulta, pois, deste Acórdão através de um argumento de maioria de razão que as *anti-suit injunctions* decretadas por tribunal arbitral não são, face ao Regulamento 44/2001, admissíveis.

Chegamos, portanto, a uma situação de dúvida sobre a admissibilidade das ordens decretadas por tribunal arbitral de abstenção judicial que, como vimos, se enquadram na letra do artigo 20.º n.º 2 b) LAV e não são excluídas pelo artigo 5.º n.º 4.º LAV.

O argumento do Caso *West Tankers* poderia, porém, no âmbito exclusivamente nacional não ser transponível, na medida em que em território nacional há decisões de competência que vinculam outro tribunal (artigo 111.º CPC) e a LAV poderia querer estabelecer um regime diverso, uma relação diferente, não inteiramente equilibrada (diga-se) de competência.

³¹² Gary B. Born, *International Commercial Arbitration – Volume II*, 2009, p. 2010.

Porém, há um outro argumento, avançado por Miguel Teixeira de Sousa que é mais relevante: a inexecuibilidade das ordens de abstenção judicial (ou arbitral, acrescente-se) por implicarem uma restrição ao direito de acesso aos tribunais.³¹³ Não se vê, realmente, como poderiam estas ordens ser eficazes sem que os tribunais (judiciais ou arbitrais) pudessem apreciar da sua validade, da validade dos pressupostos do seu proferimento, ainda que *prima facie*. Impedir esta verificação implicaria um esvaziamento dos poderes do tribunal incompatível com a sua natureza jurisdicional e mais, com a garantia do cidadão de aceder à justiça para defesa dos seus direitos.

Imagine-se: proposta ação em tribunal judicial, a parte contrária invocava a *anti-suit* e o tribunal, sem mais, extinguiu o processo? Parece evidente que o tribunal judicial teria de analisar, ainda que perfunctoriamente, o pedido e a defesa, não devendo à ordem do tribunal arbitral qualquer obediência. O mesmo se for a parte requerente que peça a sua execução: haverá que analisar ainda que superficialmente a competência do tribunal arbitral e, mais, se a ordem for uma restrição da jurisdição do tribunal judicial é defensável que viola a ordem pública nacional.

Seria, ainda, contraditório com o regime paralelo estabelecido para o princípio da competência da competência no seu efeito negativo. Repare-se: sendo invocada a exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário, o tribunal judicial analisa a manifesta invalidade da convenção. No mínimo, terá de o poder fazer quando lhe é apresentado, provavelmente também a título de exceção uma *anti-suit*, que se baseia obviamente na validade da convenção arbitral.

Assim, face ao ordenamento jurídico português não se pode admitir que um tribunal judicial fique vinculado a uma ordem de abstenção judicial proferida por um tribunal arbitral. Parece-me que esta conclusão é irrefutável.

Mas, como salientam Miguel Teixeira de Sousa e Gary Born³¹⁴, as ordens de abstenção judicial são, em termos técnicos, dirigidas contra a parte e não contra o tribunal judicial. O que significa, na verdade, que as ordens podem ser emitidas e vinculam a parte contra quem é proferida. Se esta a incumprir, pode haver responsabilidade civil nos termos gerais.

³¹³ Miguel Teixeira de Sousa, *A incompatibilidade das anti-suit injunctions com o Regulamento (CE) n.º 44/2001*, 2009, p. 202-3.

³¹⁴ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration – Volume II*, Austin, 2009, p. 2010.

O que significa, portanto, que as ordens, se dirigidas apenas contra a parte requerida, são válidas – não extravasam de forma alguma competência do tribunal arbitral, nem beliscam a do tribunal judicial.

O que não se pode admitir é que o tribunal judicial execute esta ordem sem a apreciar a questão da competência do tribunal arbitral (e reflexamente a sua) como o faria caso a ordem não existisse. Ou seja, se o tribunal arbitral ordenar a uma das partes que não acione judicialmente a outra e aquela o fizer, se esta invocar a ordem do tribunal arbitral, o tribunal judicial terá de analisar as razões de uma e outra parte sem que a ordem de abstenção lhe coloque qualquer limitação.

Sendo assim, a ordem de abstenção é admissível, apenas não é executável judicialmente.

5.8. Processo arbitral

A Lei da Arbitragem Voluntária regula apenas alguns aspetos relativos ao processo arbitral. Embora tenha duplicado em número as regras que na anterior LAV se dedicavam a esta matéria, mantém-se a regulamentação num nível mínimo. Se compararmos as oito regras com qualquer Código de Processo, facilmente percebemos que o intuito não é, de todo, o mesmo.

A pouca latitude dos temas tratados na LAV justifica-se na medida em que as regras processuais são escolhidas pelas partes ou pelos árbitros, tendo como limite exclusivo os princípios fundamentais do processo justo. A única baliza ao poder de conformação processual das partes são os princípios processuais constantes do artigo 30.º LAV.

A arbitragem mantém aqui em pleno a sua natureza privada, contratual. As regras processuais são, portanto, aquelas que as partes entendam ser adequadas ao julgamento do seu caso. Isto não quer dizer, claro, que não haja limites à escolha das partes. Esses limites imperativos reconduzem-se, em geral, às regras do processo equitativo.³¹⁵

5.8.1. A escolha das regras processuais

O artigo 30.º LAV determina que as partes podem escolher a tramitação processual desde que o façam até à aceitação do primeiro árbitro. O acordo pode consistir na criação de um processo específico ou na simples remissão para regulamentos de arbitragens de centros de arbitragem

³¹⁵ Conferir *infra*, p. 258 e seguintes.

institucionalizados, legislações nacionais ou quaisquer outros instrumentos normativos (por exemplo, as Arbitration Rules da UNCITRAL).

Na falta de elaboração pelas partes, as regras são determinadas pelos árbitros que têm as mesmas opções: criação de regras próprias ou remissão para regras pré-estabelecidas (artigo 30.º n.º 3 LAV).

A lei não estabelece em que momento devem os árbitros criar as regras de tramitação processual, nem o modo de o fazer. Tal omissão só nos pode levar a concluir que a competência processual do tribunal arbitral é permanente, isto é, que subsiste durante toda a arbitragem. Claro que é aconselhável a elaboração das regras num momento inicial, na primeira reunião dos árbitros ou dos árbitros com as partes. Dificilmente, aliás, se poderá prosseguir o processo arbitral sem essas regras. A sua falta pode gerar instabilidade grave no processo arbitral, constituindo violação das regras processuais mínimas e, logo, do princípio do processo equitativo.

É, portanto, aconselhável que se elaborem as regras de tramitação processual no momento inicial do processo, de preferência na primeira oportunidade.

Questão diferente desta é o modo de elaboração dessas regras. A LAV atribui a competência aos árbitros (na falta de escolha pelas partes), mas é também recomendável que se procure a sua colaboração neste trabalho. Conseguir, aliás, a sua cooperação e acordo pode ser importante para evitar a posterior invocação de vícios geradores de anulabilidade da sentença arbitral.

A doutrina tem sugerido a marcação de uma reunião preliminar entre árbitros e partes precisamente para a escolha e elaboração das regras de tramitação processual. O agendamento desta reunião é especialmente importante em casos em que as partes e os árbitros provêm de ambientes culturais diferentes.³¹⁶ No entanto, mesmo em arbitragens domésticas esta reunião pode fazer sentido, designadamente para evitar o recurso às regras do processo civil.

A liberdade de criação de regras de tramitação processual é enorme, originando uma oportunidade para escolher normas adequadas ao caso concreto. William Park utiliza uma imagem elucidativa ao comparar a arbi-

³¹⁶ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p.330.

tragem ao deus grego Proteus, figura mitológica que, embora mudasse de figura, se mantinha sempre o mesmo.³¹⁷

A realidade tem demonstrado que na maioria dos casos as partes não selecionam as regras antes de o litígio ocorrer e, depois, quando ele surge, já não há disponibilidade para negociar. Acresce que os árbitros têm muitas vezes a tentação de escolher regras processuais pré-definidas, especialmente em arbitragens domésticas o Código de Processo Civil ou o Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa.

A escolha das regras do Código de Processo Civil é contraditória com a natureza alternativa da arbitragem. Uma das vantagens deste meio de resolução alternativa de litígios é, precisamente, a possibilidade de criar regras processuais flexíveis, quase casuísticas, que permitam um tratamento célere e adequado do caso. Um dos dilemas do processo civil é ser uma forma rígida, onde têm de caber todos os casos da vida, independentemente das suas diferentes características. É certo que o atraso crónico dos tribunais portugueses tem diversas justificações, mas uma delas – e de importância não desprezável – é precisamente o conjunto rígido, formalista e ancestral de regras que os regem. Foi, aliás, precisamente com esta razão que se introduziu no novo Código de Processo Civil a regra da gestão processual.

De acordo com o dever de gestão processual, hoje consagrado no artigo 6.º do Código de Processo Civil³¹⁸ e o princípio da adequação formal, constante do artigo 547.º do mesmo Código, o juiz, enquanto diretor do processo, tem o dever de adotar a tramitação processual adequada à causa, adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, garantir que não são praticados atos inúteis e adotar os mecanismos de agilização processual previstos na lei.

Este dever de gestão processual estabelece um poder-dever que consiste na obrigação de o juiz fazer uma aplicação criteriosa das regras processuais. O juiz fica obrigado a uma reflexão crítica sobre toda a tramitação

³¹⁷ William W. Park, *Arbitration's Protean Nature: the Value of Rules and the Risks of Discretion*, 2004, p. 1.

³¹⁸ Consagrado pela primeira vez no nosso Direito Processual Civil no Regime Processual Civil Experimental, aprovado pelo Decreto-Lei 108/2006, de 8 de junho e revogado pelo Código de Processo Civil de 2013. Cfr. o meu *Regime Processual Experimental – Anotado*, 2006.

e todo o ato, tendo de os analisar em função do que é mais adequado a atingir com rapidez e justiça a solução para aquele caso.³¹⁹

Poderá ser importante consagrar nas regras arbitrais um poder-dever de gestão processual, que permita aos árbitros flexibilizar o processo caso seja necessário. Num processo arbitral feito à medida do litígio tal adequação terá já sido feita, mas o que se passa a seguir nunca é inteiramente certo.

A atribuição de poderes de gestão aos árbitros existe nas *UNCITRAL Arbitration Rules* (artigo 17.º)³²⁰ e no Regulamento do *London Court of International Arbitration* (artigo 14.2.).³²¹

No Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial³²², na sua versão de 2014, prevê-se expressamente, no artigo 18.º, o poder de o tribunal arbitral tramitar o processo da forma que entender mais adequada. A limitação prevista é relativa às normas inderrogáveis do Regulamento.

No Regulamento da CCI, a ampla liberdade dos árbitros na configuração do processo está prevista no artigo 22.º, mas tem como limite qualquer acordo das partes em sentido contrário, como expressamente estatui o n.º 2 deste preceito. Os árbitros não podem, portanto, impor às partes regras processuais com que estas não concordem.

Assim, o assento tónico nas regras processuais arbitrais é a flexibilidade. É pressuposto que se procure o melhor conjunto de regras processuais para o que se antecipa que venha a ser aquele conflito, tendo em conta também os advogados que representam as partes e a sua prática habitual. Esta escolha adequada de regras assume aliás um imperativo ético dos árbitros.³²³

A criação de regras não significa, obviamente, uma incerteza quanto ao processo ou às suas regras essenciais. Pelo contrário: a fixação inicial de regras claras e simples é uma garantia de segurança e eficiência do processo arbitral, sem prejuízo, evidentemente, de alterações posteriores que

³¹⁹ Ramos de Faria e Ana Luísa Faria, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, 2013, p. 41 e seguintes; José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil*, 2013, p. 225 e seguintes; Luís Filipe Brites Lameiras, *Comentário ao Regime Processual Experimental*, 2007, p. 29 e seguintes; Mariana França Gouveia, *Regime Processual Experimental*, 2006, p. 31 e seguintes.

³²⁰ A versão de 2010, que entrou em vigor em janeiro de 2011, está disponível em www.uncitral.org.

³²¹ Regulamento disponível em www.lcia.org.

³²² Regulamento de 2014, com entrada em vigor no dia 1 de março de 2014. Disponível em www.centrodearbitragem.pt

³²³ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 384.

se mostrem necessárias O Regulamento da CCI, no seu artigo 24.º n.º 3, permite aliás expressamente essa alteração na pendência do processo.³²⁴

A LAV estabelece, no artigo 30.º n.º 3, que os árbitros devem indicar a lei processual subsidiariamente aplicável, visando com este normativo afastar em definitivo a aplicação subsidiária automática do nosso Código de Processo Civil. Com esta regra apenas será aplicável subsidiariamente o Código de Processo Civil se o tribunal arbitral expressamente o disser.³²⁵

O intuito é de louvar e de interpretar devidamente, porque o teor da regra pode conduzir ao equívoco de se entender que é sempre necessário indicar uma legislação processual subsidiariamente aplicável. Não é este o conteúdo da norma. O que ela estabelece é que pode não existir qualquer legislação processual aplicável. Parece-me, aliás, que essa é a melhor opção – é preferível inserir uma regra no regulamento arbitral que indique serem os árbitros os competentes para decidir dúvidas e lacunas desse regulamento do que remeter para o nosso ou outro Código de Processo Civil. Esta solução é seguramente mais conforme à arbitragem.

Também é comum a remissão para um regulamento institucional em arbitragem *ad hoc*. É necessário porém ter alguma cautela com este procedimento. Desde logo, porque há alguns regulamentos que o não permitem, como é o caso da CCI. Nos termos do artigo 1.º do seu Regulamento, só a Corte pode administrar arbitragens submetidas ao Regulamento CCI. Também o Centro de Arbitragem Comercial restringiu a aplicação do seu Regulamento em arbitragem *ad hoc*, ao estabelecer que a remissão para o mesmo faz presumir a atribuição ao Centro da competência para administrar a arbitragem (artigo 2.º n.º 1 RCAC).

Ainda que seja admitida, a remissão deve ser ponderada, porque muitas vezes é difícil compatibilizar as regras (mesmo que poucas) estabelecidas pelo tribunal e as regras do regulamento institucional. Repare-se que em arbitragem institucional, as regras pressupõem a presença de uma organização e o equilíbrio de poderes entre o tribunal e a instituição é cuidadosamente desenhado. Em arbitragem *ad hoc*, onde tal estrutura de base é

³²⁴ William W. Park, *Arbitration's Protean Nature: the Value of Rules and the Risks of Discretion*, 2004, p. 3, chama a atenção para a insegurança que uma excessiva discricionariedade dos árbitros pode gerar.

³²⁵ AA. VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012, p. 63.

inexistente nem sempre é fácil conciliar a aplicação dos normativos, pelo que o ganho na remissão é por vezes menor que a perturbação que causa.

Diria que o melhor é fixar em termos claros e tão precisos quanto possível a forma como se vai tramitar o processo.

A seleção das regras só pode ser feita, evidentemente, se se conhecerem diversas realidades processuais. A formatação num rito único, do qual se já esqueceram as razões, é algo que não faz sentido (nem no processo judicial, muito menos na arbitragem). Deve criar-se o modelo mais adequado ou um híbrido, o que se faz através de uma comparação sintética dos diversos regimes processuais.

Procurarei apresentar, nos pontos seguintes, alguns exemplos de regras alternativas, utilizadas em arbitragens domésticas e internacionais que podem, de algum modo, ajudar na elaboração dos regimes.

Para além da experiência prática que tem vindo a adotar certas regras e procedimentos, é importante conhecer os regulamentos de centros de arbitragem institucionalizada em Portugal, como os de arbitragem de consumo, quando os casos sejam simples, e ainda os Regulamentos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria³²⁶ ou do Instituto de Arbitragem Comercial da Associação Comercial do Porto.³²⁷ Ao nível de instrumentos internacionais, é importante conhecer os Regulamentos da Câmara de Comércio Internacional³²⁸ e do London Court of International Arbitration³²⁹ e as regras arbitrais da UNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules)³³⁰. Em matéria de prova, é ainda da maior utilidade consultar as regras da International Bar Association sobre prova.³³¹

Na escolha da tramitação processual mais adequada devem tomar-se em consideração diversos pontos. Com interesse sobre o tema podem referir-se

³²⁶ A atual versão do Regulamento é de 2014 e está disponível em www.centrodearbitragem.pt.

³²⁷ Ver informações gerais em <http://www.cciporto.com/pt/servicos/servicos.htm>.

³²⁸ Disponível em www.iccwbo.org. Cfr., a este propósito, Alexandre Soveral Martins, *Notas sobre o Procedimento de Arbitragem segundo o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI)*, 2010, p. 567-614.

³²⁹ Disponível em www.lcia.org.

³³⁰ Disponível em www.uncitral.org.

³³¹ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration – disponível em www.ibanet.org.

as Notas sobre a Organização do Processo Arbitral da UNCITRAL³³² uma espécie de *check list*. Este documento trata questões como o lugar da arbitragem, a língua do processo, os serviços administrativos, as custas, a confidencialidade, os meios de comunicação entre partes e entre partes e tribunal, o número e limite das peças processuais, a definição dos pontos a decidir, as disposições sobre prova (documental, testemunhal, peritos e testemunhas-peritos), as regras sobre as audiências e, finalmente, sobre a decisão arbitral.

Também digno de nota são os Princípios do Processo Civil Transnacional, elaborados em conjunto pelo American Law Institute e pelo UNIDROIT, instituições de harmonização legislativa de referência nos Estados Unidos da América e na Europa.³³³ Trata-se de um conjunto de princípios de aplicação universal que tenta compatibilizar as diversas tradições processuais, em particular a romano-germânica com a anglo-saxónica. Assim, para além de consagrar os princípios mínimos do processo justo, trata questões controversas como as alterações objetivas na pendência da instância, o modo de produção de prova ou as consequências da revelia.

O artigo 9.º desses princípios refere que um processo será, por regra, organizado em três fases: preliminar ou dos pedidos; intermédia; final. Na fase preliminar, as partes apresentam as suas pretensões e defesas e identificam a prova mais importante. Na fase intermédia, o tribunal organiza o processo, estabelecendo um calendário para o mesmo, aprecia as questões prévias e prepara a produção da prova; na fase final, a prova ainda não produzida é-o numa audiência, seguindo-se a decisão do caso.

Não há pois, em termos genéricos, grande mistério na forma de tramitação dos processos. É necessário que as partes digam o que querem, que o tribunal veja o que mais é necessário fazer para proferir decisão e ordene ou organize essas outras diligências, que essas diligências probatórias tenham lugar e que o tribunal decida. É essencialmente isto, embora haja centenas maneiras de o fazer.

³³² Disponível em http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1996Notes_proceedings.html.

³³³ Principles of Transnational Civil Procedure, publicados pela Cambridge University Press, em 2004; pela Uniform Law Review, 2004 (n.º 4), p. 750 e seguintes e também disponíveis em <http://www.unidroit.org/English/principles/civilprocedure/main.htm>.

Tendo em conta aquilo que interessa em especial a este capítulo, é preferível arrumar estas pequenas opções em cinco áreas, correspondentes às comuns fases do processo - alegações das partes, fase intermédia, produção de prova, julgamento e decisão -, mas antecedidas por uma fase típica da arbitragem, a da instalação do tribunal.

5.8.2. Instalação do tribunal arbitral

Ao contrário dos tribunais judiciais em que o tribunal preexiste ao conflito, na arbitragem, institucional ou *ad hoc*, é necessário constituir e instalar esse tribunal. Já falei, no capítulo anterior, da constituição do tribunal arbitral, que se reconduz, no fundo, à escolha dos árbitros e não é sobre essa constituição que falarei de seguida.

Após a constituição do tribunal é comum a produção de um ato formal que dá início ao processo. Esse ato formal usa chamar-se, em arbitragem *ad hoc* doméstica em Portugal, ata de instalação. A LAV nada prevê sobre este instrumento, mas é uma prática habitual.³³⁴

Nesse instrumento, o tribunal identifica as partes e os seus mandatários, os árbitros e, caso exista, o secretário, os seus endereços postais e eletrónicos e o local da arbitragem. Por regra, é transcrita a convenção de arbitragem de onde decorre o seu poder e é feita uma descrição muito genérica do litígio. São também incluídas algumas regras processuais, em especial as relativas à fase inicial (das alegações) e dos meios de comunicação entre as partes.³³⁵ Por fim, estabelece-se os honorários e os encargos ou a forma de os calcular. Há hoje uma prática, em arbitragem *ad hoc*, de remissão para as tabelas do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria, mas, como é evidente, nem em todos os casos será adequada essa aplicação.

Esta ata tem especial importância por várias razões. Primeiro porque estabelece a data a partir da qual se contam os prazos para o proferimento da decisão arbitral. De acordo com o artigo 43.º n.º 1 LAV, o tribunal dispõe do prazo de 12 meses para proferir a sentença contados a partir da data da aceitação do último árbitro. Por regra, é nesta ata que se formaliza a aceitação do último árbitro, pelo que a contagem do prazo se inicia aí.

³³⁴ Filipa Cansado Carvalho, *A Organização do Processo Arbitral*, 2013, p. 36.

³³⁵ Sofia Ribeiro Mendes, *Organização do Processo Arbitral e da Audiência*, 2013, p. 55.

Por outro lado, delimita-se aqui o litígio (não o objeto do processo) e a competência do tribunal arbitral, assim como se estabelecem as regras processuais. Trata-se, pois, de um documento definidor do processo, em cuja elaboração e negociação, as partes e os árbitros devem colocar toda a sua energia. Dúvidas ou equívocos na ata são problemas posteriores no decurso do processo arbitral.

Mesmo em arbitragem institucional, um documento deste género é por vezes utilizado. Na CCI, a ata de missão (*terms of reference*)³³⁶, prevista no artigo 23.º do respetivo regulamento é, muitas vezes, o equivalente a este instrumento. Claro que em arbitragem institucionalizada, a constituição e instalação do tribunal arbitral ocorrem quando já há requerimento de arbitragem e resposta, mas também é prática em arbitragem institucionalizada em centros de arbitragem internacionais de referência, esses requerimentos serem muito sintéticos e limitarem-se a enquadrar genericamente o pedido e os seus fundamentos. Pelo que o momento em que se faz esta ata de missão é anterior às peças processuais iniciais (os nossos articulados).

A ata de missão consiste num documento assinado pelas partes e pelo tribunal que contém, para além da identificação das partes, dos árbitros e do local da arbitragem, um sumário das pretensões, uma lista de questões a tratar e as regras processuais aplicáveis.

Durante ou logo após a elaboração da ata de missão, o tribunal arbitral deve, em conjunto com as partes, estabelecer um cronograma do processo, onde determina qual a duração prevista para cada fase e fixa, por exemplo, as datas das sessões do julgamento.³³⁷ Tal norma consta do artigo 24.º do Regulamento da CCI.

Também o Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial, no seu artigo 30.º, estabelece que no primeiro momento de contacto dos árbitros com as partes, o tribunal deve definir as questões a decidir, o calendário processual provisório, os articulados a apresentar, os meios de prova e prazos quanto à sua produção, entre outros aspectos. Este preceito pretende adaptar-se ao concreto processo arbitral, independentemente de

³³⁶ Sobre a origem dos *terms of reference*, ver Joaquim Shearman de Macedo, *Organização do Processo Arbitral*, 2013, p. 17.

³³⁷ Alexandre Soveral Martins, *Notas sobre o Procedimento de Arbitragem segundo o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI)*, 2010, p. 600; Filipe Alfiate, *A Prova em Arbitragem: Perspectiva de Direito Comparado*, 2009, p. 159.

os requerimentos iniciais serem mais ou menos sintéticos. Voltarei a este ponto de seguida, mas importa reter que, também no Centro de Arbitragem Comercial, se estabelece a fixação da tramitação e do calendário muito cedo.

Este cronograma pode também ser adotado em qualquer arbitragem, *ad hoc* ou institucionalizada, logo no momento da instalação do tribunal. Nesse momento é possível prever o número de alegações escritas que as partes pretendem trocar (2, 3 ou 4) e os prazos para cada uma delas, pelo que se pode logo fixar a data para a primeira audiência de gestão do processo. Se for possível, pode até marcar-se as datas das audiências de julgamento, ainda que posteriormente se alterem caso o processo, por alguma razão imprevista, se atrase.

A calendarização do processo (e não só da audiência) é realmente um instrumento de organização do trabalho de todos (muitas vezes a 1 ou 2 anos) que serve os interesses das partes e dos árbitros e contribui, decisivamente, para um desenrolar saudável e eficiente do processo arbitral. É, pois, a todos os títulos recomendável.

Definida, então, a estrutura essencial do processo, pode este verdadeiramente começar. É evidente que a estrutura e a calendarização pode ser alterada, caso se mostre necessário pelo decurso do processo. Mas uma tramitação conversada e entendida por todos os intervenientes constitui uma garantia quase certa de que o processo decorre sem incidentes de maior.

5.8.3. Alegações das partes

A primeira fase do processo tem como função a apresentação pelas partes das suas pretensões. Destina-se, portanto, às alegações dos factos e à dedução dos pedidos.

Em primeiro lugar, interessa ver que tipo de peças devem as partes apresentar: se articulados típicos e complexos ou se meros relatos resumidos das pretensões. Deve ainda ver-se se faz sentido admitir respostas e em que termos. Pode, pois, fixar-se o número de peças processuais, a admissibilidade de reconvenção e de resposta à contestação, bem como os prazos de apresentação de cada uma destas peças.³³⁸

A LAV estabelece, no artigo 33.º n.º 2, uma regulamentação algo pormenorizada destes articulados. Assim, na petição, o demandante enuncia o

³³⁸ Cfr. ponto 9 das UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings.

pedido e os factos em que este se baseia e o demandado apresenta, em resposta, a contestação. A utilização de terminologia própria do processo civil não deve, de todo, levar à conclusão que as regras do Código são aplicáveis nesta ou noutras fases do processo. Por exemplo, não há qualquer obrigatoriedade de se apresentarem peças articuladas, como no processo civil.

A Lei estipula, ainda, a admissibilidade da reconvenção, caso o seu objeto esteja dentro dos limites contratuais da convenção de arbitragem (artigo 33.º n.º 4). A admissibilidade de reconvenção não está, assim, dependente dos requisitos do artigo 266.º CPC, mas de outros. O tema será desenvolvido no capítulo relativo às arbitragens complexas.³³⁹

Um outro problema que pode ser objeto de estipulação é o da possibilidade de alteração do objeto do processo depois do momento da sua apresentação. Pode adotar-se a regra da cristalização do objeto do processo após as alegações das partes, admitindo alterações muito restritivamente, ou admitir-se a conformação do objeto do processo até ao final da produção de prova.

As regras da ICC pretendem limitar a alteração do objeto após a ata de missão, impedindo, portanto, após esse momento novas pretensões que não estejam dentro dos seus limites (artigo 23.º Regulamento ICC).³⁴⁰ Já a regra da Lei Modelo UNCITRAL e o Regulamento do LCIA apontam caminho diferente. De acordo com o artigo 23.º da Lei-Modelo³⁴¹, na falta de estipulação em sentido contrário, qualquer parte pode alterar a sua pretensão durante o curso do processo arbitral. A rejeição é apenas admissível em casos em que o tribunal arbitral entenda que a alteração pode causar atraso considerável no processo. De acordo com o Regulamento do LCIA, o tribunal arbitral pode admitir alterações do pedido, da reconvenção, da defesa ou da resposta [artigo 22.1 a)].

São, desde logo, retratos de dois modelos processuais diferentes, o continental e o anglo-saxónico. Qualquer um deles tem vantagens e desvantagens. O modelo da alteração em qualquer momento tem o óbice da

³³⁹ Cfr. *infra*, p. 263 e seguintes.

³⁴⁰ Alexandre Soveral Martins, *Notas sobre o Procedimento de Arbitragem segundo o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI)*, 2010, p. 599; Fouchard, Gaillard e Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 669.

³⁴¹ E com o artigo 20.º das Arbitration Rules.

imprevisibilidade³⁴², mas a vantagem de atingir maior justiça e uma solução definitiva para o caso, evitando novo processo posterior.

A LAV adota a norma Lei Modelo no seu artigo 33.º n.º 3, transposta da seguinte forma: “*Salvo convenção das partes em contrário, qualquer delas pode, no decurso do processo arbitral, modificar ou completar a sua petição ou a sua contestação, a menos que o tribunal entenda não dever admitir tal alteração em razão do atraso com que é formulada, sem que para este haja justificação bastante.*”

Esta questão é decisiva no tipo de alegações iniciais que se admitem e na condução de todo o processo. Repare-se que, se se admitem até ao fim da produção de prova alterações objetivas da instância, designadamente a concretização dos pedidos ou até a formulação de novos pedidos, as partes não terão a preocupação de alegar todos os factos nas peças iniciais. Poderão nestas peças limitar-se a dar notícia daquilo que pretendem, deixando para depois da produção da prova a exata delimitação do pedido e da causa de pedir. Este é o sistema de *notice pleading*, típico da tradição anglo-saxónica.³⁴³ A diferença é importante sobretudo porque altera todo o conteúdo do processo.

Os Princípios do Processo Civil Transnacional ALI/UNIDROIT tentaram sintetizar estas duas radicais diferenças: no princípio 11.3. é referido que as partes devem apresentar com razoável detalhe os factos e a prova de que dispõem, assim como os pedidos. É uma norma de influência romano-germânica. No entanto, permite-se no princípio 10.4 a alteração do objeto do processo, desde que justificada.

Trata-se, pois, de um aspeto importante a considerar no procedimento. Face à atual redação da lei, dir-se-ia que são admissíveis alterações objetivas até ao termo do processo arbitral. Desde que, claro está, autorizadas pelos árbitros. No entanto, uma interpretação mais restritiva pode levar a interpretação oposta, na medida em que a Lei se refere à possibilidade de modificar ou completar a petição ou contestação. Tal formulação pode ser interpretada no sentido de as alterações pedidas terem como limite o objeto do processo inicialmente definido.

Parece-me que a melhor solução, no silêncio das partes sobre este tema, é a de deixar aos árbitros a decisão sobre a admissão das novas alegações e novos pedidos, não colocando quaisquer limites para além daquilo que

³⁴² Fouchard, Gaillard e Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 659.

³⁴³ Mariana França Gouveia, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, 2004, p. 128 e seguintes.

a lei prevê, isto é, o atraso injustificado que pode trazer ao processo. Não se verificando este atraso, ou verificando-se que ele não é injusto, caberá aos árbitros decidir se aceitam ou não as alterações. Nessa ponderação não poderão ser esquecidos os princípios essenciais do processo justo, como o direito de defesa e o contraditório. Se a nova alegação de factos puser em causa os limites do pedido e da causa de pedir, o tribunal arbitral poderá admiti-los, mas apenas se tal extensão salvaguardar os direitos de defesa e contraditório de todas as partes. Se forem admitidos novos pedidos é sempre necessário permitir à parte contrária o exercício do contraditório.

Nas palavras de Joaquim Shearman de Macedo, “(...) o tribunal não deve impedir a dinâmica da prova e da audiência, permitindo a adaptação e novos enfoques que surjam da discussão entre as partes, sempre com o respeito do contraditório e procurando obviar a comportamentos táticos menos leais.”³⁴⁴

5.8.4. Fase intermédia

Segue-se a fase intermédia, destinada à organização do processo, isto é, à análise das alegações apresentadas pelas partes e à preparação da produção de prova.

Importa desde logo determinar se há ou não necessidade da sua existência. Julgo que na maioria dos casos ela será útil.

Após as alegações das partes existe já um conhecimento razoável do caso que permite prever o que irá acontecer em termos processuais. Os árbitros devem aproveitar esta fase para organizarem e controlarem o que se segue, de forma eficaz, célere e com respeito pelos legítimos direitos e expectativas das partes. Devem, designadamente, analisar possíveis alterações às regras processuais e ao cronograma estabelecido no momento da instalação do tribunal.

Esta fase pode ser oral ou escrita. Na maioria dos regulamentos arbitrais está prevista uma audiência oral nesta fase. Mais do que uma audiência, é uma reunião entre árbitros e partes para resolver o que pode ser resolvido e para preparar o que se segue.³⁴⁵

Já fiz referência, no ponto relativo à instalação do tribunal, ao artigo 30.º do Regulamento do CAC onde se prevê a audiência preliminar. Como disse

³⁴⁴ Joaquim Shearman de Macedo, *Organização do Processo Arbitral*, 2013, p. 22.

³⁴⁵ Filipe Alfaiate, *A Prova em Arbitragem: Perspectiva de Direito Comparado*, 2009, p. 158.

também, este momento poderá ser, dependendo do tipo de requerimentos iniciais apresentados, uma audiência de instalação do tribunal e definição de regras processuais ou, caso os requerimentos sejam já verdadeiras peças, de preparação de produção de prova. A versão de 2014 do Regulamento pretendeu, precisamente, comportar ambas as possibilidades.

Um aspeto comum aos vários instrumentos internacionais sobre arbitragem é a importância da determinação das questões a decidir. Nas *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, essa fixação é sugerida no ponto 11., embora também seja assinalado que pode trazer rigidez ao processo arbitral. É importante, pois, considerar-se a possibilidade da sua alteração.

Para além destes pontos a decidir (*points of issue*), não há tradição na arbitragem de quaisquer instrumentos que se assemelhem à nossa base instrutória e factos assentes ou até aos mais recentes temas de prova.

Desde logo, porque não há tradição da separação entre direito e facto. Esta separação é, na verdade, uma ficção, pois os factos que chegam ao processo vêm já revestidos de intenção jurídica. Foram seleccionados por profissionais com o fim de servirem à medida numa ou em várias normas legais. Esta impossibilidade lógica – a da separação absoluta entre facto e direito – é já uma aquisição da dogmática e da metodologia jurídica.³⁴⁶

Repare-se que nos instrumentos internacionais o que se tenta fazer ao nível da organização é a fixação de questões a decidir e não a separação entre matéria de direito e matéria de facto e, posteriormente, matéria provada e a provar. Pode, por exemplo, dizer-se que as questões a decidir são a celebração do contrato, o seu cumprimento, a interpretação de certas cláusulas, os danos decorrentes de certos factos, etc., etc.

É importante, quando assim se faz, que o tribunal tenha um controlo forte sobre a audiência. É ele que, tendo estudado o processo, sabe o que quer saber e, nessa medida, deve impedir as partes de utilizarem a produção de prova para outras matérias que não as que entende serem essenciais.

Um outro aspeto a ponderar – e a decidir nesta fase intermédia – é a eventual separação das questões a decidir, a chamada bifurcação do processo. Trata-se de outro aspeto que não é comum no nosso processo civil, mas que do ponto de vista da organização do processo pode ser da maior utilidade. A maior parte dos casos, designadamente os mais

³⁴⁶ Mariana França Gouveia, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, 2004, p. 65 e seguintes.

complexos, contém questões diversas, por regra prejudiciais umas em relação às outras. Gera ineficiência tratar de todos os pontos em debate quando alguns deles podem revelar-se desnecessários pela procedência ou improcedência de outros.

O típico é distinguir julgamento da responsabilidade e do montante indemnizatório.³⁴⁷ O tribunal realiza, portanto, todo o processo para apurar se há ou não responsabilidade e só depois, se a pretensão for procedente, avança para o julgamento dos danos. Mas, para além deste caso, há outros em que é possível a separação das questões a decidir. Por exemplo, se o demandado alega uma cláusula penal com vista à redução dos danos indemnizáveis, pode ser importante começar por decidir se esta realmente é eficaz e só depois avançar para a responsabilidade.

O caso *Aminoil* é um exemplo clássico de um processo em que o tribunal optou pela separação de questões a decidir. Estavam em disputa muitos milhões de dólares dependentes de se decidir se a nacionalização da *Aminoil* pelo governo do Kuwait era ilícita (conforme alegado pela empresa) ou lícita (conforme alegado pelo governo). O tribunal, em audiência preliminar, decidiu listar sete questões, indicando às partes que as ouviria na ordem referida. Embora tenha sido dito que a ordem não implicava uma tomada de posição pelo tribunal, ficou claro quais eram os problemas que o tribunal entendia serem decisivos. A prova e as alegações foram, assim, repartidas por sete diferentes temas, ganhando-se enorme eficácia num julgamento de grande complexidade.³⁴⁸

A separação das questões a decidir implica várias decisões de mérito, várias sentenças parciais. A LAV prevê expressamente essa possibilidade no artigo 42.º n.º 2.³⁴⁹

5.8.5. Prova, julgamento e decisão

a. Entramos agora na matéria da prova, área de especial dificuldade quando jogam tradições processuais muito diversas. Os sistemas continentais e anglo-saxónicos têm aqui práticas diferentes, essencialmente

³⁴⁷ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 336.

³⁴⁸ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 337-8.

³⁴⁹ A LAV 86 era a este respeito lacunosa. António Sampaio Caramelo, *Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral. Seu Objecto e Regime*, 2009, p. 279 e seguintes.

relacionadas com a posição dos juizes e das partes na produção da prova. O sistema de *civil law* admitiu tradicionalmente uma maior intervenção do juiz e o anglo-saxónico uma completa entrega às partes da produção de prova. Certo é, porém, que os sistemas nacionais são muito diferentes e que esta generalização acaba por ser pouco correta.³⁵⁰ Seja como for, é importante tomar em consideração as variadas práticas e regras que existem em matéria de prova.³⁵¹

Podem agrupar-se os problemas que se suscitam em relação à prova nos seguintes grupos: admissibilidade, ónus da prova e métodos de produção.

O primeiro problema a tratar é o da admissibilidade dos meios de prova. A LAV, no seu artigo 30.º n.º 4, é muito clara nesta matéria, estipulando que “os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir.”

Esta regra veio esclarecer a discussão que anteriormente criava a previsão do artigo 18.º da LAV 86 ao remeter a admissibilidade dos meios de prova para a lei processual civil.³⁵²

³⁵⁰ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 351.

³⁵¹ Para uma análise comparada, ver Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa e Pedro Magalhães, *Justiça Económica em Portugal – Prova*, 2013, p. 35 e seguintes.

³⁵² Esta norma era anteriormente interpretada de duas formas: para uns, apenas permitia, em arbitragem doméstica, as provas admitidas em processo civil; para outros, admitia todas, pois a sua intenção não era a de restringir os meios de prova aos reconhecidos pela nossa legislação processual. Seriam portanto admissíveis meios de prova não previstos no nosso processo civil. Em favor da primeira interpretação, dizia-se que o regime de direito material probatório, regulado nos artigos 341.º e seguintes do Código Civil, é direito substantivo e, nessa medida, aplica-se sempre que a lei aplicável ao mérito for a portuguesa. Entendi, porém, que este raciocínio não estava correto, na medida em que a inclusão de regras sobre prova no direito material não é um dado adquirido. Isto é, a qualificação destas regras como direito material não resulta automaticamente da sua inclusão no Código Civil. A sua consagração em legislação civil deu-se, aliás, apenas com o Código Civil de 1966. (Mariana França Gouveia, *A Prova*, 2008, p. 333). Repare-se, ainda, que o artigo 18.º LAV 86 se referia a legislação processual civil e não a legislação civil. Mas é uma questão difícil, que implica a análise caso a caso de cada norma. Por exemplo, as normas relativas ao ónus da prova são mais corretamente qualificadas como normas de direito material, mas o mesmo não pode já dizer-se das normas sobre admissibilidade, em geral, dos meios de prova ou sobre os valores tarifados de certas provas. (Mariana França Gouveia, *A Prova*, 2008, p. 333-4; Pedro Ferreira Múrias, *Por uma Distribuição Fundamental do Ónus da Prova*, 2000, p. 8). Pareceu-me, pois, que o melhor entendimento era o que via o regime probatório, material e formal, como um todo, não fazendo distinção entre as suas

Fica agora claro que os árbitros podem admitir os meios de prova que entenderem, mesmo que não previstos na lei processual. O único limite são, como sempre, os princípios do processo equitativo, do *due process of law*.

É claro que não se podem admitir provas ilícitas por violação da ordem pública – o princípio da licitude da prova integra os princípios do processo justo. São ilícitos os meios de prova que violem direitos fundamentais ou se tenham obtido por processos ilícitos.³⁵³ Por exemplo, provas obtidas com violação da reserva da vida privada.³⁵⁴ Fora estes limites, que são amplísimos, qualquer meio de prova é admissível.

Resolvida a questão da não limitação das provas admissíveis em tribunal arbitral pelas regras do processo civil, fica ao critério do tribunal a aceitação de meios de prova não conhecidos num determinado ordenamento jurídico.

De acordo com o artigo 27.º das UNCITRAL *Arbitration Rules*, cada parte tem o ónus da prova dos factos que fundamentam o seu pedido ou defesa. Cabe perguntar se os factos notórios podem ser objeto de conhecimento pelo tribunal, se nada estiver previsto. De acordo com a tradição arbitral, tal é possível, mas pode haver dúvidas sobre o que é um facto notório.³⁵⁵

Entrando, agora, em pormenor em cada meio de prova, é importante tomar em consideração as declarações das partes, a apresentação da prova documental, a produção de prova testemunhal (oral e escrita), a prova pericial (oral e escrita) e eventuais inspeções judiciais.

O novo Código de Processo Civil admitiu a prova de factos favoráveis pelas partes através da consagração de um novo meio de prova, a prova por declarações das partes no artigo 466.º CPC. Mantém-se, portanto, a

diversas regras. Sendo todo o regime direito processual, a sua aplicação será flexível, de acordo com a situação concreta, com o entendimento dos árbitros, mas sempre tendo em conta, claro, as legítimas expectativas das partes. Assente este pressuposto, o melhor entendimento era o de que a admissibilidade dos meios de prova não está dependente das regras do nosso direito processual civil. Os árbitros poderão admitir os meios de prova que entenderem, desde que, naturalmente, não violem os princípios do processo justo.

³⁵³ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil*, 2013, p. 141.

³⁵⁴ O elenco do artigo 519.º n.º 3 CPC é útil para esta aferição.

³⁵⁵ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 353.

distinção entre depoimento de parte, com o único fim de provocar a confissão, e prova dos factos favoráveis, agora admitida através desta nova figura.

Seria mais fácil equiparar a parte a testemunha, como se verifica aliás nos direitos de raiz anglo-saxónica.³⁵⁶

Na arbitragem, pode escolher-se este regime, mais simples, incluindo nas regras processuais um preceito muito simples de equiparação, por exemplo: “*As partes são ouvidas como testemunhas.*”.

É evidente que caso confessem, o valor probatório das suas declarações pode ter um peso maior na formação da convicção do juiz. Não é necessário, assim, prever um regime de depoimento das partes, mas tão só equipará-las às testemunhas e distinguir o conteúdo das suas declarações, caso confirmem factos que lhes são desfavoráveis.

Na prática processual portuguesa, os documentos apresentados são aqueles que as partes têm em seu poder. Está prevista a possibilidade de se pedir documentos em poder da parte contrária (artigo 528.º CPC), tendo o requerente o ónus de os identificar. Este pedido é, assim, excepcional e limitado aos documentos que se sabe existirem. Já na tradição anglo-saxónica a regra é de pedir à parte contrária toda a documentação sobre determinado assunto ou entre determinadas datas, com o objetivo de tentar encontrar documentos comprometedores. Trata-se da conhecida *discovery* à americana, que tem a desvantagem prática de atolar a parte contrária e o tribunal em milhares de documentos irrelevantes. Daí que esta técnica seja referida como a *fishing expedition*.

Entre estes dois modelos a diferença é enorme, como é evidente. Em arbitragens domésticas, não fará sentido, de todo, pensar num regime à americana, que seria mal interpretado e mal aplicado.

As regras arbitrais mais importantes (ICC, LCIA e UNCITRAL) estabelecem que os documentos devem acompanhar as peças processuais iniciais. Pode ser, porém, importante prever a possibilidade de as partes pretenderem consultar ou requerer outros documentos em poder da parte contrária. Podem, desde logo, estabelecer-se prazos para este tipo de requerimentos e sua entrega, poupando-se tempo na preparação da prova. Há aqui uma clara dificuldade em conciliar esquemas que privilegiem a

procura da verdade material, sendo difícil conceber uma sua limitação, e esquemas que criem maior eficácia, reduzindo o enorme desperdício causado pelas *fishing expeditions*.

Há diversas práticas que têm sido utilizadas em arbitragem internacional para tentar conciliar os dois métodos. O tribunal pode realizar reuniões com as partes, em separado ou em conjunto, para que estas cheguem a acordo quanto às categorias de documentos a pedir. Outro método de gerir a produção de prova documental é conhecido como a Tabela de Redfern, onde são colocadas em colunas as categorias de documentos pedidos, as razões para esse pedido, as razões apresentadas pelo requerido para a recusa do pedido e, numa última coluna, a decisão do tribunal.³⁵⁷

Uma regra que procura um equilíbrio entre as duas tradições, sendo por isso importante analisar, é o artigo 3.º das *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. De acordo com esta regra, após a junção voluntária de documentos pelas partes, cada uma delas pode submeter ao tribunal um requerimento de produção de mais prova documental (*request to produce*), indicando quais os documentos que pretende ver revelados e as razões desse pedido (artigo 3.º n.ºs 2 e 3). A parte contrária é conferido prazo para entregar os documentos ou apresentar oposição (artigo 3.º n.ºs 4 e 5). O tribunal tem, ainda, o poder de requerer a qualquer uma das partes documentos que entenda serem relevantes para a causa (artigo 3.º n.º 10).

Filipe Alfaiate sugere, ainda, algumas soluções práticas e inovadoras, como por exemplo a preparação conjunta de *dossiers* pelas partes.³⁵⁸

Um aspeto importante a considerar quanto à prova documental fora desta lógica de troca de documentos, é o prazo limite para a sua apresentação. Bem se sabe que a advocacia portuguesa tem, nesta matéria, maus hábitos decorrentes de regras muito permissivas. Essas regras foram alteradas no novo Código, que estabelece agora um prazo limite de 20 dias antes da data da audiência final (artigo 423.º n.º 2 CPC). É, porém recomendável que se estabeleça uma data limite para a junção de documentos (a chamada *cut-off date*).³⁵⁹ O momento para determinar esta data será,

³⁵⁶ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 352 e 364; Fouchard, Gaillard e Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 699.

³⁵⁷ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 358.

³⁵⁸ Filipe Alfaiate, *A Prova em Arbitragem: Perspectiva de Direito Comparado*, 2009, p. 168.

³⁵⁹ Joaquim Shearman de Macedo, *Organização do Processo Arbitral*, 2013, p. 23.

provavelmente, a audiência de preparação de produção de prova, momento em que o tribunal já leu as alegações das partes e saberá melhor o que poderá eventualmente faltar.

Também na prova testemunhal é frequente encontrar-se na arbitragem sistemas híbridos, que misturam regras e práticas típicas da *common law* e *civil law*. Antes de mais, é muito frequente que a testemunha deponha por escrito.³⁶⁰

Tal prática é contrária ao nosso regime processual civil.

Tendo como fundamento o valor quase absoluto dos princípios da oralidade e da imediação na produção de prova, o Código de Processo Civil admite apenas em casos excepcionais a apresentação de depoimentos escritos – artigos 518.º e 519.º CPC. Assim, o juiz apenas pode autorizar que o depoimento seja prestado por escrito quando se verificar impossibilidade ou grave dificuldade de comparência no tribunal e existir acordo das partes. Como se sabe, é raríssima a prestação de depoimentos testemunhais por escrito – não só os requisitos são de difícil verificação, como a sua utilização é contrária à tradição forense.

O revogado Regime Processual Experimental admitia, porém, sem restrições o depoimento escrito: nem necessitava de acordo das partes, nem se reduzia aos casos de impossibilidade de comparência em tribunal, nem, ainda, se limitava aos que conheciam os factos em virtude das suas funções profissionais.³⁶¹

Foi, seguramente, uma má opção do novo Código de Processo Civil português, mas que em nada influencia o processo arbitral ao qual aquele não se aplica.

Nada há, portanto, que impeça que o testemunho se faça por escrito.

Este depoimento pode ser um substituto do depoimento direto, sendo por isso exaustivo nos factos relatados, ou servir apenas como preparação do depoimento oral, caso em que será uma mera súpula dos factos a relatar.³⁶²

³⁶⁰ Joaquim Shearman de Macedo, *Organização do Processo Arbitral*, 2013, p. 25.

³⁶¹ Paulo Ramos de Faria, *Regime Processual Civil Experimental Anotado*, 2010, p. 160 e seguintes; Luís Filipe Brites Lameiras, *Comentário ao Regime Processual Experimental*, 2007, p. 108 e seguintes; Mariana França Gouveia, *Regime Processual Experimental*, 2006, p. 127 e seguintes.

³⁶² Susana Larisma, *A Prova por Testemunhas na Arbitragem Internacional*, 2009, p. 130.

Depois da apresentação desses depoimentos por escrito, a parte contrária pode indicar qual ou quais as testemunhas que pretende que sejam inquiridas em audiência.

De acordo com o regime das IBA Rules (artigo 4.º n.º 4) o tribunal pode, ele próprio, ordenar que os depoimentos sejam apresentados por escrito. Ainda segundo estas regras, se for requerida a presença da testemunha na audiência, a sua falta injustificada implica a não consideração do seu depoimento escrito (artigo 4.º n.º 7).³⁶³ Há porém regras menos apertadas, como a aplicável no London Court of International Arbitration. De acordo com o artigo 20.4 das suas Rules, a não comparência da testemunha pode implicar apenas a diminuição do peso probatório do seu depoimento.³⁶⁴

Repare-se, no entanto, que o eventual acordo das partes sobre a desnecessidade de comparência das testemunhas em audiência não deve ser interpretado como aceitação da veracidade dos factos descritos pela testemunha no depoimento escrito.³⁶⁵

Outro aspeto de enorme importância a regular em muitas arbitragens é o modo de produção da prova pericial. O regime processual civil português é extraordinariamente complexo e rígido no que diz respeito a este meio de prova. Não se prevê, por exemplo, como prova pericial a apresentada pelas partes sozinha ou isoladamente. A regra dos direitos de *common law*, onde o juiz ou o árbitro não tem quaisquer poderes em matéria de prova, consiste na apresentação de peritos por cada uma das partes. Não existe, pura e simplesmente, a figura do perito imparcial nomeado pelo tribunal. Por outro lado, também não encontra previsão no nosso sistema a existência de testemunhas-peritos, sendo sempre necessário que a prova pericial se produza de forma rígida e complexa.³⁶⁶

³⁶³ Filipe Alfaiate, *A Prova em Arbitragem: Perspectiva de Direito Comparado*, 2009, p. 169; Susana Larisma, *A Prova por Testemunhas na Arbitragem Internacional*, 2009, p. 134.

³⁶⁴ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 363-4.

³⁶⁵ Artigo 4.º n.º 8 IBA Rules. Filipe Alfaiate, *A Prova em Arbitragem: Perspectiva de Direito Comparado*, 2009, p. 170; Susana Larisma, *A Prova por Testemunhas na Arbitragem Internacional*, 2009, p. 134.

³⁶⁶ A realização de prova pericial é um dos fatores que maior atraso causa no processo civil declarativo, cerca de 220 dias de atraso – Mariana França Gouveia, Nuno Garoupa e Pedro Magalhães, *Justiça Económica em Portugal – Prova*, 2013, p. 15.

Há, pois, diversas formas de produzir prova pericial e o tribunal arbitral deve ponderar a mais adequada ao caso.

Em primeiro lugar, é necessário decidir se haverá apenas peritos nomeados pelas partes ou se haverá, em simultâneo, peritos indicados pelo tribunal. As regras da Lei Modelo (artigo 26.º), do LCIA (artigo 21.º), da ICC (artigo 27.º) e da IBA (artigos 5.º e 6.º) estabelecem, em geral, a possibilidade de nomeação de peritos pelas partes ou pelo tribunal.³⁶⁷

A LAV, no seu artigo 37.º, admite a nomeação de peritos pelo tribunal, regra importante pois sendo a arbitragem um processo privado poderiam colocar-se dúvidas sobre a possibilidade de iniciativa oficiosa neste particular. Mas este preceito não exclui, obviamente, outras formas de produção da prova pericial.

Os peritos nomeados pelo tribunal estão obrigados a revelar factos que possam pôr em causa a sua independência ou imparcialidade, podendo ser recusados pelas partes. É o que resulta da remissão operada pelo artigo 37.º n.º 4 LAV para o estatuto dos árbitros (artigos 13.º e 14.º), remissão sem correspondência na Lei Modelo.

O tribunal pode criar um sistema misto, permitindo às partes que tentem chegar a acordo sobre um perito, apenas o nomeando se estas não conseguirem concordar num. O tribunal pode também pedir a colaboração das partes na preparação da produção de prova pelos peritos, designadamente através da elaboração de questões a considerar.

Mais uma vez, os artigos 5.º e 6.º das IBA Rules podem ajudar na procura de sistemas adequados. Neste regime, são distintos os peritos nomeados pelas partes (artigo 5.º) e os peritos nomeados pelo tribunal (artigo 6.º). Quanto aos primeiros, após apresentarem relatórios escritos, o tribunal pode ordenar que se reúnam para tentarem alcançar acordo sobre pontos em que assumiram posições diversas (artigo 5.º n.º 4).

Quanto ao perito nomeado pelo tribunal, após a sua nomeação este passa a falar diretamente com as partes, pedindo-lhes os documentos ou os elementos que entenda necessários (artigo 6.º n.º 3). O perito elabora depois um relatório que envia ao tribunal, podendo as partes responder com relatórios de peritos por si nomeados (artigo 6.º n.ºs 4 e 5). O perito nomeado pelo tribunal pode, se requerido ou oficiosamente determinado,

³⁶⁷ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 369.

prestar declarações em audiência (artigo 6.º n.º 6), o mesmo se verificando com os peritos indicados pelas partes (artigo 5.º n.º 5).

Assim, em resumo, as partes têm a possibilidade de participar na escolha do ou dos peritos e na elaboração do objeto da perícia, podendo ainda analisar os elementos que o perito utilizou para realizar o seu relatório e requerer que ele preste declarações em tribunal.

A prestação de depoimento em audiência pelo ou pelos peritos pode ser feita de diversos modos. Podem ouvir-se os peritos depois de toda a produção de prova ou em simultâneo, sendo questionados sobre os mesmos pontos. Uma outra técnica utilizada é a inquirição e contra inquirição dos peritos pelas partes e, depois, a elaboração de uma lista de temas controvertidos que serão discutidos entre peritos e tribunal, finalizando-se com uma nova rodada de perguntas pelos advogados das partes. Este método é conhecido como conferência.³⁶⁸

A LAV estabelece, supletivamente no artigo 37.º n.º 3, que qualquer das partes e o tribunal oficiosamente pode requerer a presença do perito em tribunal para responder a questões sobre o seu relatório. Esta regra não impede, porém, que o tribunal arbitral decida de outra forma ou que as partes acordem noutro modo de produzir a prova pericial.

Por último, pode ser necessário lidar com uma inspeção judicial, ou mais adequadamente designada, arbitral. A maioria dos instrumentos de arbitragem mais conhecidos não contém regras sobre inspeção pelos árbitros. Será, aliás, uma diligência probatória pouco frequente dado o seu elevado custo.³⁶⁹ O mais comum é ser o perito a realizar essas inspeções, encontrando-se regras sobre o seu livre acesso aos bens necessários. Assim sucede no artigo 21.1.(b) LCIA ou no artigo 26.º da Lei Modelo UNCITRAL, entre outros.

b. Pode acontecer que a prova dependa de um terceiro que se recuse a comparecer ou a colaborar com o tribunal arbitral. A própria parte, embora obrigada pela convenção arbitral, pode recusar-se a colaborar. Caso seja imprescindível para sanar estes obstáculos o recurso aos tribunais judiciais, a LAV permite-o em situações em que a produção de prova dependa

³⁶⁸ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 371.

³⁶⁹ Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2004, p. 373.

de terceiro ou de parte que não colabore voluntariamente. Nestes casos, a prova é produzida junto do tribunal judicial que depois envia os seus resultados para o tribunal arbitral (artigo 38.º LAV).

Para que as partes possam deduzir este pedido junto dos tribunais judiciais têm de requerer autorização prévia ao tribunal arbitral. A razão de ser da necessidade de autorização reside na autonomia do tribunal arbitral e no carácter marcadamente instrumental da intervenção do tribunal judicial. Assim, se esta autorização não existir, a parte demandada no tribunal judicial poderá arguir a exceção de preterição de tribunal arbitral.³⁷⁰

O problema inverso é o da reacção da parte em caso de recusa desta autorização por parte do tribunal arbitral. Esta decisão é seguramente impugnável, mas já é duvidoso que possa ser causa de anulação da sentença arbitral. João Raposo defendeu que não era causa de anulação por não estar consagrada no artigo 27.º LAV 86.³⁷¹ Parece-me, porém, que a recusa terá de ser entendida como causa de anulação se implicar uma violação do princípio do processo equitativo na sua modalidade de direito à prova. Nestes casos, passando o crivo da influência decisiva na sentença, haverá causa de anulação, previsto no artigo 46.º n.º 3 a) ii) LAV.

Em suma, a prova é produzida junto do tribunal judicial através de ação proposta com esse único fim. Concluída a diligência, os resultados probatórios são enviados ao tribunal arbitral que os apreciará em conjunto com os restantes. A competência para este pedido é dos tribunais de 1.ª instância em cuja circunscrição se situe o lugar da arbitragem, nos termos do artigo 59.º n.º 4 LAV.

c. Falta apenas tratar alguns aspetos específicos relativos à audiência final. Antes de mais, convém pensar se esta é imprescindível – se toda a prova for documental ou se a questão em litígio for exclusivamente jurídica, não é necessária uma audiência. Não há nenhum princípio do processo equitativo que o obrigue.

A LAV (artigo 34.º n.º 1) prevê expressamente a possibilidade de o processo ser exclusivamente escrito, embora nestes casos deva ponderar-se

³⁷⁰ João Raposo, *A Intervenção do Tribunal Judicial na Arbitragem: Nomeação de Árbitros e Produção de Prova*, 2008, p. 123.

³⁷¹ João Raposo, *A Intervenção do Tribunal Judicial na Arbitragem: Nomeação de Árbitros e Produção de Prova*, 2008, p. 124.

a realização de uma audiência para alegações das partes. Se este for a sua vontade – de se fazer ouvir a viva voz junto do tribunal – este deve deferir esse pedido.³⁷²

A organização administrativa das audiências pode não ser tarefa fácil. É necessário um local adequado, com espaço para todos, designadamente salas de reuniões mais pequenas para as partes e salas de espera para as testemunhas. Tem ainda de pensar-se na disponibilização de meios de comunicação, assim como no alojamento, se for caso disso, de testemunhas e peritos.

Para além destas questões interessa determinar se a audiência decorrerá em dias seguidos ou não e se haverá limites de tempo para inquirir testemunhas e para alegações finais. É também comum determinar-se o tempo de produção de prova ao dispor de cada parte, o que desde que respeite o princípio da proporcionalidade, não ofende qualquer princípio do *due process*.

É ainda prática na arbitragem a apresentação de alegações finais escritas, em simultâneo de facto e de direito. É útil prever a existência destas alegações, assim como os prazos para a sua apresentação.

d. Por último, no que diz respeito à decisão arbitral, os pontos a regular serão apenas os que não resultam de normas imperativas aplicáveis à sentença arbitral e que explicarei no respetivo capítulo.

Dentro das matérias que podem ser objeto de ponderação, pode referir-se a eventual separação entre decisão de matéria de facto e de direito, o proferimento oral ou a dispensa de fundamentação.

A separação da decisão da matéria de facto e de direito não é comum em termos arbitrais ou até, no que diz respeito a direitos estrangeiros, processuais. Deixou, também, de ser regra no nosso Direito Processual Civil, com a fusão operada pelo novo Código entre julgamento da matéria de facto e sentença (artigo 607.º CPC). Caso, porém, os árbitros ou as partes pretendam decidir primeiro de facto e abrir depois espaço para alegações de direito, podem prevê-lo nas regras processuais.

Quanto à fundamentação da decisão, a LAV admite que as partes a possam dispensar – artigo 42.º n.º 3 LAV. Podem fazê-lo, por exemplo, para que a sentença possa ser oralmente proferida. Caso não o façam, pode ser

³⁷² José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil*, 2013, p. 139, defende que o direito à comparência pessoal integra a garantia de processo justo.

importante determinar o tipo de fundamentação pretendida, designadamente quanto à matéria de facto. Poderá, ainda, tal fundamentação ser oral ou escrita, assim como admitir-se ou não remissão para peças das partes, por exemplo para as alegações.

Estes são apenas alguns exemplos, notas e sugestões que pecam, em simultâneo, por excesso e por defeito, daquilo que pode ser objeto de ponderação no momento de elaborar as regras processuais na arbitragem quer pelas partes, quer pelos árbitros. É evidente que quanto maior for o conhecimento e, sobretudo, a experiência melhor serão elaboradas estas regras. Decisivo é também o estilo ou a prática dos árbitros e a sua compreensão do litígio e da melhor forma de o abordar.

5.8.6. Limites às regras processuais – os princípios fundamentais do processo justo

As regras processuais escolhidas têm como limite apenas os princípios fundamentais do processo justo, ou seja, o que o processo arbitral tem de respeitar é o normativo constitucional do processo equitativo (artigo 20.º n.º 4 CRP). Esses princípios estão genericamente referidos no artigo 30.º LAV, mas não só. As regras aí referidas são o princípio da igualdade entre as partes, a obrigatoriedade de citação e o princípio do contraditório. É certo, porém, que a violação do princípio dispositivo é também causa de anulação, conforme estabelece o artigo 46.º n.º 3 a) v) LAV, assim como o é a não fundamentação da decisão (artigo 42.º n.º 3 LAV). Aliás, o dever de fundamentação está também constitucionalmente consagrado, agora no artigo 205.º CRP, embora seja hoje considerado derogável pelo LAV.

A violação dos princípios previstos no artigo 30.º LAV é causa de anulação da sentença arbitral apenas se esse incumprimento tiver influência decisiva na resolução do litígio – artigo 46.º n.º 3 a) v) LAV. Voltarei a este critério a propósito dos fundamentos da anulação da sentença arbitral.

Todos estes princípios tendem a assegurar os direitos de defesa das partes e a imparcialidade de julgamento pelo tribunal arbitral.³⁷³ São princípios essenciais que se relacionam com a validação pública de um processo privado. Isto é, o Estado só pode reconhecer que decisões de tribunais privados sejam vinculativas se se cumprirem regras mínimas de justiça processual.

³⁷³ Paula Costa e Silva, *Anulação e Recursos da Decisão Arbitral*, 1992, p. 934.

Na arbitragem, o Estado de Direito demonstra-se precisamente através das imposições processuais que estabelece. São princípios básicos que têm de ser cumpridos para que uma decisão possa ser reconhecida judicialmente.³⁷⁴

Por muito esquecido que hoje esteja, as regras processuais foram (e são) um enorme ganho civilizacional da cultura ocidental.

Estes princípios são, assim, a tradução legal do normativo constitucional do processo equitativo, conforme estatui o artigo 20.º n.º 4 CRP. Tal como refere José Lebre de Freitas, “*Trata-se da necessidade de observar um conjunto de regras fundamentais ao longo de todo o processo, nos vários planos em que este se desenvolve*”.³⁷⁵

O tratamento dogmático destes princípios é já antigo no processo civil e deve ser aproveitado para a arbitragem. É, porém, necessário ter algumas cautelas na transposição das regras que atualmente substanciam estes princípios no processo civil. O não cumprimento destas regras não corresponde inevitavelmente à violação dos princípios no âmbito do processo arbitral. As situações devem ser analisadas casuisticamente, em função, portanto, da situação concreta e das regras processuais específicas que o regulam.

O que quero dizer é o seguinte: ao lermos a doutrina processualista e as normas do Código de Processo Civil veremos diversas concretizações dos princípios fundamentais em regras legais. O facto de essas pequenas regras não existirem numa arbitragem em concreto não implica automaticamente a violação do princípio geral. É necessário cuidado nesta transposição.

Muito interessante a este respeito é a análise dos já referidos Princípios do Processo Civil Transnacional, elaborados em conjunto pelo American Law Institute e pelo UNIDROIT.³⁷⁶ O documento consagra os princípios mínimos do processo justo, podendo ser utilizado como validação das regras processuais. Se as regras escolhidas estiverem de acordo com aqueles Princípios, o processo obedecerá aos parâmetros do processo justo.

O princípio do contraditório consiste, essencialmente, na garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio. O que importa é que ambas as partes tenham a possibilidade de influenciar a

³⁷⁴ No nosso ordenamento jurídico, para que possa não ser anulada.

³⁷⁵ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil*, 2013, p. 123.

³⁷⁶ Publicado na *Uniform Law Review*, 2004 (4), p. 750 e seguintes, também disponível em <http://www.unidroit.org/English/principles/civilprocedure/main.htm>.

decisão, quer em matéria de facto, quer em matéria de prova, quer ainda em matéria de direito.³⁷⁷

O princípio da igualdade de armas, como é chamado pela doutrina civilística, impõe o equilíbrio entre as partes. Esta igualdade tem de ser interpretada materialmente e não formalmente, o que significa que não é exigível identidade absoluta entre meios processuais, mas equilíbrio global entre as partes.³⁷⁸⁻³⁷⁹ A LAV atual aproximou-se deste conteúdo interpretativo ao eliminar o adjetivo *absoluta* da anterior formulação. Com efeito, a LAV 86 estabelecia como princípio fundamental que “as partes são tratadas com absoluta igualdade”, estatuindo-se agora tão só “as partes são tratadas com igualdade.”

A alínea b) do n.º 1 do artigo 30.º LAV refere-se, ainda, ao direito das partes a uma razoável oportunidade de apresentarem o seu caso, por escrito ou oralmente. Este princípio não constava do anterior artigo 16.º LAV 86, não podendo ser reconduzido ao que aí se previa na alínea d). Com efeito, o que agora se assegura é uma razoável oportunidade, ao longo de todo o processo, de apresentar o seu caso, seja a pretensão, seja a defesa. Não se obriga, como antes se podia ler no artigo 16.º d) LAV 86, a alegações finais imediatamente anteriores à sentença arbitral.

O artigo 30.º n.º 1 LAV, na sua alínea a), estabelece a obrigatoriedade de citação do demandado na arbitragem. Do que se fala agora é do direito de defesa, mais uma vez um princípio básico do processo equitativo. O direito de defesa é, antes de mais, a oportunidade de defesa, pelo que é essencial que o demandado tenha conhecimento do processo.³⁸⁰

A obrigação de citação decorrente deste preceito não tem de obedecer a nenhuma formalidade específica, muito menos à prevista no nosso Código de Processo Civil. O que é essencial é que o demandado tenha conhecimento do processo e, logo, possa defender-se. Se o processo (através do requerimento de arbitragem ou petição inicial) é levado ao conhecimento do demandado antes ou depois da constituição do tribunal arbitral, ou se tal é feito por contato pessoal, por via postal ou outro idóneo,

³⁷⁷ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil*, 2013, p. 124 e seguintes.

³⁷⁸ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil*, 2013, p. 136.

³⁷⁹ Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao Processo Civil*, 2000, p. 29, unifica contraditório e igualdade de armas no mesmo princípio da igualdade das partes.

³⁸⁰ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil*, 2013, p. 106.

é indiferente. O que é necessário, repito, é assegurar que o demandado teve direito a defender-se.

Mais interessante a este propósito é saber quais os efeitos da revelia do demandado regularmente citado. Os elementos normativos estrangeiros dão indicações em sentido contrário – em caso de revelia, embora o processo continue, o tribunal tem de apreciar os factos e o mérito da ação para que possa sobre ela decidir. Tal é o sistema da Lei Modelo da UNCITRAL [artigo 25.º b)] e assim tem decidido a jurisprudência arbitral.³⁸¹

A LAV resolve o problema, inspirando-se naturalmente na Lei Modelo. Nos termos do artigo 35.º n.º 2, a omissão de contestação não produz prova sobre os factos alegados, ou seja, a revelia não tem qualquer efeito cominatório, nem pleno, nem semipleno. Por outro lado, o tribunal arbitral mantém, como é evidente, a competência para decidir o caso. A revelia é, em arbitragem, inoperante.

A regra da LAV é, porém, supletiva: as partes podem acordar em atribuir efeitos probatórios às suas omissões (artigo 35.º n.º 5 LAV). Tal acordo resultará, por exemplo, da remissão para um regulamento ou legislação processual que contenha esse efeito.³⁸²

Foi o que se verificou no Caso *Comissão Paritária*³⁸³, onde se discutiu precisamente uma situação de revelia numa arbitragem institucionalizada cujo regulamento remetia para o processo sumário de trabalho. O Acórdão tratou o problema apenas no âmbito da eventual violação da regra da audição das partes [alínea d) do artigo 16.º LAV 1986], embora pelo seu relatório pareça que os árbitros aplicaram um efeito cominatório pleno. Tal não foi, porém, objeto de crítica pelo recorrente, nem de nota pelos juízes. Assumiram, portanto, que a aplicação na instância arbitral de um efeito cominatório não violava os princípios do processo justo.

³⁸¹ Fouchard, Gaillard e Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 663.

³⁸² A LAV 86 não regulava este aspeto, o que gerava algumas dúvidas. Defendi que se deveriam distinguir os casos, consoante haja aplicação das regras do Código de Processo Civil ou outros diplomas processuais (por exemplo o Código de Processo de Trabalho) ou não. Nos casos em que a remissão não existia, vigorando as regras escolhidas pelas partes ou pelos árbitros, não se podia aplicar o efeito cominatório semipleno. Não havendo base legal que o permitisse e tratando-se de um meio de prova de âmbito processual, violaria o princípio do processo justo considerá-lo. Nas outras situações, se as partes escolheram essa regra, ainda que indiretamente (através de remissão), entendi que era possível aplicar o efeito cominatório.

³⁸³ Acórdão STJ de 24 de junho de 2006, Proc. n.º 04B2190.

5.9. Arbitragens complexas

5.9.1. Delimitação

O conceito de arbitragem complexa foi importado para Portugal da experiência arbitral internacional. Os problemas que trata não são, porém, desconhecidos da nossa teoria jurídica, apenas não é costume designá-los desta forma.

Um caso típico de arbitragem complexa é o de uma transação comercial que envolve mais do que um contrato. Se surgir um litígio entre duas das partes desses vários contratos, a questão que se coloca é se é possível trazer a uma mesma arbitragem todos os participantes na estrutura contratual.³⁸⁴

Os casos tratados sob esta designação reconduzem-se, no essencial, às pluralidades objetivas e subjetivas: problemas de litisconsórcio e coligação, iniciais ou sucessivos, assim como de cumulação de objetos processuais, pedidos e/ou causas de pedir, formuladas por uma mesma parte ou por partes contrárias (reconvenção e contra pedidos entre compartes).

Se em tribunal judicial estes incidentes complicam e atrasam deveras o processo, em arbitragem o problema pode ainda ser mais complicado, na medida em que há que relacionar estas questões com a fonte³⁸⁵ contratual da jurisdição do tribunal arbitral (resultante da convenção de arbitragem) e com o necessário respeito pelos princípios do processo justo (como o princípio da igualdade das partes na constituição do tribunal). Para além, naturalmente, da estabilidade da instância, problema comum à tramitação processual nos tribunais judiciais.

Por essa razão – a fonte contratual da jurisdição arbitral – é costume enquadrar-se neste capítulo das arbitragens complexas situações em que se discute a vinculação da convenção de arbitragem de terceiros não signatários. Esta extensão pode implicar a substituição da pessoa inicialmente vinculada (e então não há pluralidade subjetiva) ou abranger outras pessoas, mantendo-se a relação subjetiva inicial (e há, então, pluralidade). A primeira situação, se ocorrer no decurso do processo, implicará uma intervenção de terceiros ou uma habilitação.

Nestes casos, poderá estar em causa a extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários da mesma. A doutrina e a jurisprudência

³⁸⁴ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 101.

³⁸⁵ Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, 2006, p. 111.

internacionais têm defendido algumas figuras que permitem a extensão do âmbito subjetivo da convenção. São regimes que têm, naturalmente, raiz contratual, como a cessão da posição contratual, a sub-rogação e o terceiro beneficiário, entre outros.³⁸⁶ Estas alterações subjetivas da convenção podem, naturalmente, ser anteriores à propositura da ação arbitral e, logo, não colocar problemas de intervenção de terceiros, antes e tão só de âmbito subjetivo da convenção de arbitragem.³⁸⁷ Mas podem também surgir uma vez proposta a ação. A LAV faz uma menção à adesão à convenção de arbitragem por quem inicialmente não era parte, estabelecendo-a como requisito de admissibilidade de intervenção de terceiros. Nos termos do artigo 36.º n.º 1 LAV, só podem ser admitidos a intervir num processo arbitral em curso terceiros vinculados inicial ou subsequentemente pela convenção.

O problema da extensão da convenção arbitral a terceiros foi anteriormente tratado, no capítulo relativo à convenção arbitral.³⁸⁸ A separação dos dois níveis do problema (material e processual) é essencial ao correto tratamento dogmático das questões que as arbitragens complexas colocam.

Cuidarei, aqui, apenas de pluralidades objetivas e subjetivas, em especial das seguintes questões: admissibilidade de reconvenção, litisconsórcio e de coligação, constituição do tribunal arbitral, intervenção de terceiros e apensação.

5.9.2. Reconvenção

A reconvenção encontra-se prevista no artigo 33.º n.º 4 LAV, nos termos do qual o demandado pode deduzir reconvenção desde que o seu objeto esteja abrangido pela convenção de arbitragem. Não se aplica, portanto, o artigo 266.º CPC, não se exigindo nenhuma conexão para além da abrangência pela convenção. Este preceito limita, assim, a dedução de pedido reconvenicional ao que resulte da mesma convenção.

É necessário por isso esclarecer dois problemas que se adivinham: primeiro, o da admissibilidade de compensação; o da admissibilidade de reconvenção decorrente de outra convenção de arbitragem.

³⁸⁶ Carla Gonçalves Borges, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem*, 2006, p. 122 e seguintes.

³⁸⁷ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 7-99; Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 176 e seguintes.

³⁸⁸ Cfr. *supra*, p. 152 e seguintes.

Começando pelo primeiro problema, se o direito a compensar resulta da relação jurídica (por regra o contrato) abrangida pela mesma convenção de arbitragem, não há qualquer dúvida que é admissível. As dificuldades surgem apenas quando o direito a compensar não decorre de relação jurídica abrangida por aquela convenção, mas por outra.

A doutrina processualista dividia-se quanto à correta qualificação jurídica da compensação. Para alguns autores, a sua natureza jurídica (exceção perentória extintiva ou reconvenção) dependia de o seu valor exceder o valor do pedido principal, seria exceção se não excedesse, seria reconvenção se e na medida em que excedesse.³⁸⁹

A querela foi resolvida pelo novo Código de Processo Civil que expressamente determina que a compensação, seja qual for o valor, é sempre deduzida em reconvenção – artigo 266.º n.º 2 c) CPC.

Se se adotar esta regra, a invocação da compensação fica limitada aos casos em que decorre da mesma relação contratual, o que é, sem dúvida, muito limitado. É um âmbito muito limitado de admissibilidade, mesmo para além dos casos de compensação. Com efeito, se esta reconvenção decorrer de outra convenção de arbitragem que até pode estar num contrato relacionado com o que iniciou a arbitragem, a interpretação literal da lei impede a sua dedução na mesma arbitragem.

Esta interpretação coloca, por outro lado, dificuldades de compatibilização com alguns regulamentos arbitrais. Por exemplo, de acordo com as regras da CCI a dedução de pedidos, reconventionais (*counterclaims*) ou entre partes em litisconsórcio ou coligação (*crossclaims*) é admissível desde que as convenções de arbitragem sejam compatíveis. Em situações de contratos múltiplos, admite-se expressamente essa cumulação desde que as convenções sejam compatíveis (artigo 9.º CCI).

O Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial admite também, no seu artigo 21.º, a dedução de reconvenção abrangida por convenção de arbitragem diferente, desde que compatível ou, pelo menos, quando da interpretação da vontade das partes resulte compreensão das diversas relações jurídicas como conexas.

A norma da LAV é, assim, demasiado restritiva e sem razão, no meu entendimento, que o justifique. Deve pois privilegiar-se uma interpretação

³⁸⁹ Quanto a essa matéria, cfr. por todos Miguel Mesquita, *Reconvenção e Exceção no Processo Civil*, 2009, p. 296 e seguintes.

extensiva do preceito, admitindo pedidos reconventionais mesmo quando não resultem da mesma convenção de arbitragem, desde que haja convenção de arbitragem compatível.

Ainda que não se interprete desta forma o preceito, é seguro dizer que a norma não é imperativa pelo que as regras institucionais que referimos são, obviamente, válidas.

A reconvenção pode justificar a intervenção de terceiros, espontânea ou provocada, necessária ou voluntária. Para que não subsistam dúvidas a essa admissibilidade, o artigo 36.º n.º 4 LAV esclarece-o.³⁹⁰

5.9.3. Litisconsórcio e coligação

Ainda no âmbito da admissibilidade das figuras plurais em arbitragem, é necessário tratar dos requisitos relativos às pluralidades subjetivas, designadas em processo civil por litisconsórcio, coligação, assistência (intervenção acessória) e oposição.

Recorde-se que a arbitragem foi construída para relações jurídicas com duas partes. Foi com este pano de fundo que se estipularam as regras da constituição do tribunal arbitral – o artigo 10.º LAV tem como pressuposto que há apenas uma parte de cada lado. A regra que estabelece é inaplicável a uma situação de coligação ou de pluralidade subjetiva subsidiária (artigo 39.º CPC).

Face a este panorama legislativo, poderia duvidar-se da admissibilidade das pluralidades objetivas e subjetivas na arbitragem. Mas a atual LAV resolve este problema, reservando dois artigos para os problemas decorrentes das pluralidades subjetivas. Trata, no artigo 11.º, do regime da designação de árbitros e, no artigo 36.º, da intervenção de terceiros. Os preceitos não estabelecem expressamente a admissibilidade das figuras de pluralidade subjetiva, mas pressupõem, obviamente, a sua aceitação.

Na norma sobre constituição do tribunal arbitral, não há qualquer distinção entre litisconsórcio e coligação. É sempre utilizada, em termos muito genéricos, a expressão pluralidades subjetivas. Já no artigo 36.º n.º 3, a propósito da intervenção de terceiros, há referência ao litisconsórcio³⁹¹, a casos de oposição e de direito de regresso (intervenção acessória).

³⁹⁰ Miguel Teixeira de Sousa, *A Intervenção de Terceiros no Processo Arbitral*, 2013, p. 948.

³⁹¹ A situação prevista na alínea c) – chamamento dos credores solidários não inicialmente demandantes para que a sentença os vincule também – é um litisconsórcio voluntário passivo.

Esta circunstância podia levar-nos a duvidar da admissibilidade da coligação em arbitragem. Na verdade, não é de todo evidente a sua admissibilidade.³⁹² E não é evidente mesmo nos casos em que exista convenção de arbitragem entre todas as possíveis partes. Nestes casos, poderá haver sempre pluralidade, seja ela litisconsórcio, coligação ou pluralidade subjetiva subsidiária?

Como se sabe, no nosso ordenamento jurídico-processual há requisitos para a admissibilidade da coligação, assim como há critérios de distinção entre as várias figuras da pluralidade subjetiva. E não pode ignorar-se que a LAV no seu artigo sobre intervenção de terceiros – o 36.º – importou estes conceitos.

A tentação aqui é, naturalmente, adotar os conceitos do processo civil³⁹³, mas parece-me que o melhor é não o fazer, pelo menos não acriticamente. Deve antes procurar-se os princípios gerais subjacentes às normas aplicáveis.

O princípio geral subjacente às regras das pluralidades subjetivas é o de elevar ao máximo a eficácia de cada um dos processos, o ganho das partes com cada um dos seus processos.³⁹⁴ Devem, assim, ser admitidas quando potenciem esse máximo e recusadas quando não o alcancem. Chegar-se-á, por aqui, ao critério da conexão entre processos, regra conhecida de quase todos os ordenamentos jurídicos e afluída em todas as normas processuais sobre pluralidades subjetivas ou objetivas (cumulação, litisconsórcio, coligação, pluralidade subjetiva subsidiária, reconvenção, alteração do pedido e da causa de pedir, entre outros).

Este critério atribui grande discricionariedade aos árbitros no momento de apreciar a admissibilidade da pluralidade.

Um outro critério tem sido, porém, defendido. Botelho da Silva propõe uma orientação mais próxima da raiz contratual da arbitragem. Como é usual dizer-se, as partes têm o direito a arbitrar com quem querem e como querem. A ser assim, teria de retirar-se da interpretação da convenção de arbitragem que foi vontade das partes ter um único processo com todos ou vários.³⁹⁵

³⁹² Manuel Botelho da Silva, *Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias*, 2002, p. 511.

³⁹³ José Lebre de Freitas, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, 2010, p. 184, adota sem discutir os conceitos e as regras do Código de Processo Civil.

³⁹⁴ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil*, 2013, p. 203.

³⁹⁵ Manuel Botelho da Silva, *Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias*, 2002, p. 515.

Parece-me que o ideal é conjugar estes dois critérios. Os árbitros terão de analisar se, à luz da convenção arbitral, as partes quiserem ou não afastar³⁹⁶ o julgamento único de todas as questões e, ainda, se tal julgamento é útil para a eficiência daquele processo.³⁹⁷ Claro que a análise de qualquer um dos requisitos fica na dependência da alegação das partes, na medida em que está dentro do seu campo de disponibilidade.

5.9.4. Constituição do tribunal arbitral em arbitragem multipartes

A constituição do tribunal arbitral quando há pluralidade de partes começou a ser discutida a propósito de um caso julgado na Cour de Cassation francesa, conhecido como o Caso *Dutco*³⁹⁸. Numa arbitragem proposta por uma sociedade, a Dutco, contra outras duas, a Siemens e a BKMI, estas invocaram violação do princípio da igualdade por não poderem, como a demandante, designar cada uma o “seu” árbitro. A Cour sustentou que o princípio da igualdade na constituição do tribunal arbitral era um direito irrenunciável das partes e, logo, anulou com este fundamento a sentença arbitral.³⁹⁹

O Caso *Dutco* levou à alteração de uma parte substancial da doutrina e até de alguns regulamentos de instituições arbitrais como a CCI, a American Arbitration Association e o London Court of International Arbitration. De facto, na alteração de 1998 do Regulamento CCI foi incluída uma norma sobre pluralidade de partes na constituição do tribunal.⁴⁰⁰ Estas

³⁹⁶ Não concordo com a posição de Manuel Botelho da Silva, *Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias*, 2002, p. 516, quando exige “que da interpretação das duas convenções resulte expressa e literalmente a vontade de dirimir conjuntamente, num único processo arbitral multipartido, a matéria emergente das duas relações contratuais...”. José Lebre de Freitas *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, 2010, p. 187, afirma que não pode presumir-se que a celebração da convenção em contratos distintos e interligados entre si implica vontade de tratamento jurisdicional separado dos casos.

³⁹⁷ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 212.

³⁹⁸ Revue de l'Arbitrage, 1992 (n.º 3), p. 470-472.

³⁹⁹ António Sampaio Caramelo, *Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2004*, 2004, p. 341 e seguintes; Miguel Pinto Cardoso e Carla Gonçalves Borges, *Constituição do Tribunal Arbitral em Arbitragens Multipartes*, 2010, p. 141-143.

⁴⁰⁰ António Sampaio Caramelo, *Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2004*, 2004, p. 345; Manuel Botelho da Silva, *Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias*, 2002, p. 504.