

**REVISTA INTERNACIONAL DE
ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO**

Ano 2009

Director

Dário Moura Vicente

Sub-director

Armindo Ribeiro Mendes

Director Adjunto

António Vieira da Silva

Sede da Redacção

Associação Portuguesa de Arbitragem

Rua de Santa Bárbara, 46 - 5º

1169-015 Lisboa

apa@arbitragem.pt

Proprietária

Associação Portuguesa de Arbitragem

Rua S. Bárbara, 46 - 5º

1169-015 Lisboa

N.º de registo de pessoa colectiva: 507 507 207

www.arbitragem.pt

Editor

Edições Almedina, SA

Av. Fernão de Magalhães, n.º 584, 5º andar

3000-174 Coimbra

www.almedina.net

editora@almedina.net

Data

Dezembro/2009

Depósito Legal

252271/09

Tiragem

500 exemplares

N.º de registo na ERC

125619

REVISTA
INTERNACIONAL
DE
ARBITRAGEM
E
CONCILIAÇÃO

ANO II - 2009

DOCTRINA

VIDA INSTITUCIONAL

LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E DOCUMENTAÇÃO

NOTÍCIAS, CRÓNICAS E RECENSÕES

ÍNDICE

DOCTRINA

- A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária** 7
ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELD
- As medidas cautelares e o processo arbitral (algumas notas)** 57
ARMINDO RIBEIRO MÉNDES
- Arbitragem Voluntária e Deontologia – Considerações Preliminares** 115
AGOSTINHO PEREIRA DE MIRANDA
- A Directiva n.º 2008/52/CE, de 21 de Maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa** 125
DÁRIO MOURA VICENTE

VIDA INSTITUCIONAL

- Actividades da Direcção da APA em 2008/2009** 151
JOSÉ ROBIN DE ANDRADE
- Actividade dos Conselhos da APA em 2008/2009** 157
PEDRO NÁPOLES

LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E DOCUMENTAÇÃO

- Anotação ao Acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional** 161
JOSÉ MIGUEL JUDICE

A incompatibilidade das <i>anti-suit injunctions</i> com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 – Adotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 10/2/2009 (C-185/07, ALLIANZ E GENERALI V. WEST TANKERS)	191
MIGUEL THEXEIRA DE SOUSA	
Anteprojecto de Lei da Arbitragem Voluntária	205
 NOTÍCIAS, CRÓNICAS E RECENSÕES	
Crónica de jurisprudência portuguesa em 2008	245
ARMINDO RIBEIRO MENDES, SOFIA RIBEIRO MENDES	
III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)	273
ANTÓNIO VIEIRA DA SILVA	
Recensão a Emmanuel Gaillard, "Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international", <i>Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye</i>, tomo 329, 2007, pp. 49 a 216	277
NUNO PISSARRA	

A reforma da lei da arbitragem voluntária

As circunstâncias em que foi elaborado o Projecto

1. É quase um truísmo dizer-se que a qualidade das leis depende do saber, experiência e arte¹ de quem as redige mas também das circunstâncias em que a sua elaboração teve lugar.

O Projecto da Nova Lei de Arbitragem Voluntária que a Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem (A.P.A.) apresentou ao Ministro da Justiça, em 16 de Março de 2009, foi elaborado em circunstâncias difíceis que, em boa parte, explicam algumas das deficiências de que ele enferma e que o autor do presente texto é o primeiro a reconhecer. Vale a pena recordar quais foram essas circunstâncias.

A apresentação deste Projecto constituiu a resposta ao desafio lançado pelo Senhor Ministro da Justiça à Direcção da A.P.A., quando, em entrevista que teve lugar no início de Fevereiro do corrente ano, esta lhe fez sentir a necessidade de o nosso país se dotar de uma lei de arbitragem moderna que permitisse ultrapassar as dificuldades e insuficiências que a actual Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), aprovada em 1986, desde há muito revela. Tendo esse desafio sido logo aceite pela Direcção da A.P.A., ficou acordado com o Ministro de Justiça que, até ao final daquele mês, aquela lhe apresentaria um projecto da nova LAV, baseado na Lei Modelo da UNCITRAL² (como foi então preconizado pelos

¹ Traduzida na capacidade para dar uma adequada formulação normativa às soluções escolhidas.

² *United Nations Commission on International Trade Law*, também conhecida pelo acrónimo CNUDCI (Comissão das Nações Unidas para o Direito de Comércio Internacional). As principais razões da opção pela elaboração de um projecto de lei substancial-

representantes desta Associação e obteve a concordância do Ministro), a fim de que, devendo depois o Ministro da Justiça submeter tal projecto (com as alterações que entendesse conveniente efectuar) ao Governo, este viesse a apresentá-lo, como Proposta de Lei, à Assembleia da República, de modo que aquela pudesse ser aprovada por este órgão legislativo antes do termo da legislatura então em curso³.

Em reunião da Direcção da A.P.A. realizada em 4 de Fevereiro deste ano, perante a impossibilidade, resultante de circunstâncias diversas, de os restantes membros daquele órgão participarem nessa tarefa, aceitou o autor do presente texto a incumbência de elaborar um projecto de diploma legal que pudesse vir a ser apreciado, discutido e aprovado pela Direcção da Associação e, subsequentemente, apresentado ao Ministro da Justiça, no prazo acordado com este. Implicava isso que aquele projecto de diploma fosse redigido no prazo de 15 dias, visto que, entre 20 de Fevereiro e o final desse mês, deveria a Direcção da A.P.A., na qualidade de "comissão revisora" desse documento, poder analisar aprofundadamente a forma e o conteúdo das disposições que integrassem o projecto de nova LAV a apresentar ao Ministro da Justiça. Tal projecto foi efectivamente apresentado, em 19 de Fevereiro, tendo decorrido, entre essa data e 12 de Março seguinte, no seio da Direcção da Associação, uma intensíssima discussão sobre o articulado apresentado, no âmbito da qual se apreciaram as soluções preconizadas nas sucessivas versões que este documento conheceu e se propuseram soluções alternativas para muitas das disposições que integravam o seu articulado.

Atendendo ao que fora anteriormente acordado com Ministro da Justiça, decidiu-se encerrar a discussão e revisão do projecto do diploma

mente conforme com da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional aprovada pelo UNCITRAL, ficaram explicadas na "Exposição de Motivos" que, juntamente com o Projecto da nova LAV, foi dada a conhecer aos associados da A.P.A. e ao público em geral, através da sua inclusão no sítio desta associação na Internet.

³ De acordo com o art. 165.º, n.º 1, p) da Constituição da República, o regime de arbitragem voluntária e da constituição e funcionamento dos tribunais arbitrais, é matéria da exclusiva competência da Assembleia da República, pelo que só através de uma lei aprovada por esta ou através de Decreto-Lei aprovado pelo Governo, ao abrigo de uma Lei de Autorização Legislativa aprovada por aquele órgão de soberania, pode legislar-se sobre tal matéria.

em 11 de Março, de modo a poder enviar-se àquele membro do Governo, no dia seguinte, o prometido projecto de diploma legal, juntamente com um texto em que o articulado era acompanhado de notas justificativas de cada uma das suas disposições. O envio destes documentos ao Ministro Justiça só se verificou, contudo, em 16 de Março,⁴ devido à circunstância de aquele estar então ausente do país.

2. A elaboração, em prazo tão curto, de um projecto de diploma legal desta complexidade e dimensão (acompanhado de detalhadas notas justificativas) bem com a sua sucessiva reformulação (originando numerosas versões desse documento), na sequência do grande número de reparos, sugestões e propostas alternativas apresentadas pelos outros membros da comissão revisora, constituiu uma tarefa de enorme dificuldade, como é fácil imaginar. Foi neste severíssimo constrangimento temporal que residiu a principal causa das evidentes deficiências do projecto trazido a público.

Essas deficiências são não só de carácter formal (nomeadamente, remissões feitas nalguns artigos para outros incorrectamente identificados, desacertos detectáveis em notas justificativas que não foram ajustadas às alterações introduzidas nos correspondentes lugares do articulado, erros de digitação que não foram descobertos nas revisões do texto) mas também de natureza substantiva, reveladoras de um insuficiente amadurecimento de algumas das soluções adoptadas no Projecto.

É, por isso, legítimo concluir que este projecto de nova LAV poderia ter tido uma qualidade superior, se quem nele trabalhou tivesse podido dispor de mais tempo para a execução de tal tarefa.

3. Este projecto de lei poderá ser também criticado pelo facto de ter sido fruto do trabalho e reflexão de um grupo de pessoas demasiado restrito, em vez de, como porventura deveria ter acontecido, se ter confiado a sua elaboração a uma comissão de composição mais ampla e diversi-

⁴ Juntamente com o Projecto da nova LAV com notas justificativas, foi também apresentado, na mesma data, ao Ministro da Justiça um texto destinado a servir de "exposição de motivos" de uma proposta de Lei a apresentar pelo Governo à Assembleia da República ou de preâmbulo de um Decreto-Lei aprovado pelo Governo ao abrigo de uma Lei de Autorização Legislativa.

ficada (nomeadamente no que respeita à origem profissional dos seus membros), a exemplo do que tem acontecido na maioria dos processos de elaboração das leis de arbitragem que foram aprovadas, nos últimos 20 anos, em numerosos estados dos cinco continentes, leis essas que, na sua maioria, são baseadas na (ou inspiradas pela) matriz proporcionada pela Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional adoptada pela UNCITRAL em 1985 e a que, em 2006, foram feitos importantes aditamentos. O exemplo da metodologia seguida na preparação da reforma do regime de arbitragem na Alemanha⁵ é um claro exemplo desse caminho alternativo que, muito provavelmente, teria permitido produzir obra de melhor qualidade do que aquela que a Direcção da A.P.A. pôde apresentar ao Ministro da Justiça.

Tal crítica será decerto pertinente, mas a verdade é que, perante o condicionamento decorrente do calendário legislativo acima referido, a escolha que se ofereceu à Direcção da A.P.A. no início de Fevereiro, foi unicamente a de aceitar ou recusar o repto lançado pelo Ministro da Justiça. É, por isso, legítimo defender-se que, ao responder positivamente a esse desafio, aquela Direcção fez o que devia.

Não deixando de reconhecer que a qualidade do projecto de nova LAV apresentado por esta entidade ao Ministério da Justiça e à comunidade de arbitragem portuguesa se ressentiu da adversidade das circunstancialismo em que foi elaborado, parece justo opinar que ele constitui uma boa base de trabalho que não deverá ser ignorada, no futuro.

⁵ V. a descrição da composição da comissão que preparou a nova lei alemã sobre arbitragem no artigo publicado pelo Professor Peter Schlosser na *Revue de l'Arbitrage* - 1998, no. 2, pp. 291-304. Essa comissão foi composta por dois funcionários superiores, um do Ministério da Justiça Federal, que presidiu, e outro do departamento homólogo de um dos estados federados, dois professores universitários, dois representantes de instituições relacionadas com arbitragem (*UNCITRAL* e *DIS*), um juiz dum tribunal superior especialmente familiarizado com esta temática e um advogado com larga experiência de intervenção em arbitragens. Outro relato da forma como foi preparada a reforma alemã do direito da arbitragem encontra-se no artigo do Professor Karl-Heinz Böckstiegel - An Introduction to the New German Arbitration Act Based on the Uncitral Model Law - *Journal of International Arbitration* - Vol. 14, No. 1 (1998), pp. 19-32, onde se descreve a evolução do processo legislativo, desde a constituição, em 1991, da comissão de peritos que elaborou (durante dois anos) o primeiro projecto de diploma até à aprovação final da lei pelo Parlamento, em finais de 1997, a qual entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1998.

pelo Governo quando decidir retomar a tarefa da necessária reforma do regime da arbitragem voluntária em Portugal.

4. Dadas as limitações de espaço inerentes à publicação de quaisquer textos nesta revista, não poderá, nesta sede, analisar-se a totalidade das disposições do projecto de nova LAV (adiante abreviadamente designado por "Projecto"), nem sequer todas aquelas em que este nitidamente inovou relativamente à actual lei da arbitragem voluntária. Acresce que as notas justificativas incluídas no Projecto apresentado permitem, em grande medida, dispensar comentários adicionais a muitas das suas disposições. Assim, apenas serão aqui objecto de referência alguns pontos do seu articulado, seleccionados quer pela sua importância intrínseca quer pelo facto de as soluções aí consagradas requererem particular explicação. Entre os pontos a que se dedicará especial atenção figuram alguns daqueles em que a Direcção da Associação⁶, mediante votação realizada no final dos seus trabalhos, decidiu adoptar soluções de que o autor do presente texto discorda, em maior ou menor grau, e que, no seu entender, deverão ser objecto de reponderação por quem quer que venha a retomar o trabalhos da reforma da lei reguladora das arbitragem voluntária no nosso país.

Dadas estas explicações preambulares, tidas como indispensáveis para se compreender as condições em que foi preparado o Projecto, pode passar-se agora à abordagem de alguns dos pontos mais importantes deste documento.

A convenção de arbitragem

5. O primeiro ponto em que o Projecto se afastou da actual LAV respeita ao critério de determinação dos litígios que podem ser submetidos a arbitragem, ou seja, ao critério de arbitrabilidade objectiva dos litígios.

⁶ Enquanto "comissão revisora" do projecto inicial apresentado pelo autor do presente texto.

Partindo-se da verificação da inadequação do critério da disponibilidade do direito, consagrado na actual LAV⁷, por impedir (ou tornar muito duvidosa) a submissão à arbitragem de muitos litígios que nenhuma razão ponderosa justificam que dela fiquem arredadas, seguiu-se o exemplo da lei alemã de 1998, fazendo depender a arbitrabilidade do litígio, não já do carácter disponível do direito, mas antes, em primeira linha, da sua natureza patrimonial. Para atender ao possível reparo de que há litígios sobre os quais se pode concluir transacção, embora não envolvam interesses patrimoniais (o que se admite acontecer em relação a alguns direitos ou interesses, ainda que seja muito reduzido o número dos exemplos que se apontam nesse sentido), combinou-se, também à semelhança do que fez o legislador alemão, o critério principal de patrimonialidade do interesse com o da transigibilidade da pretensão em litígio.

Não é possível incluir aqui uma adequada justificação desta opção (que o autor do presente texto já ensaiou noutro lugar⁸), mas importa, ainda assim, fazer notar que a adopção pela lei de um critério genérico de arbitrabilidade não impede o legislador de excluir da possibilidade de submissão a arbitragem algumas categorias de litígios que, devido à particular "sensibilidade" das matérias em causa, se considere deverem ser exclusivamente dirimidos pelos tribunais do Estado⁹.

6. Afastando-se claramente do disposto na LAV actual, o Projecto eliminou as diversas causas de caducidade da convenção de arbitragem constantes do art. 4.º daquela, que conduzem a soluções manifestamente inconvenientes.

Com efeito, não se vê razão válida para que impor a caducidade da convenção de arbitragem no caso de algum dos árbitros falecer, se

⁷ Apesar de se saber que não existe consenso entre os estudiosos portugueses da arbitragem sobre tal ponto, foi esse o entendimento adoptado pela maioria dos membros da Direcção da A.P.A. quanto a este tema.

⁸ In "A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio - reflexões de jure condendo" - Revista da Ordem dos Advogados - Ano 66, II (Dezembro 2006), pp. 1233-1265.

⁹ Como se faz no Projecto relativamente aos litígios emergentes de contrato individual de trabalho, pelas razões explicadas nas notas ao respectivo art. 62.º.

escusar ou se impossibilitar permanentemente para o exercício da função ou de a designação ficar sem efeito, se este não for substituído nos termos da lei (v. art. 4.º, n.º 1, a) da actual LAV), desde que se assegure que esta substituição possa sempre ser efectuada, o que no Projecto se assegurou que ocorra, quer por nomeação das partes quer, quando esta falte, pelo tribunal estadual competente (v. arts. 16.º, n.º 1, e 10.º, n.º 4, do Projecto).

Por outro lado, também se mostra desfavorável ao fomento da arbitragem a solução de se fazer caducar a convenção de arbitragem, quando, tratando-se de tribunal colectivo, não possa formar-se maioria na deliberação dos árbitros (como dispõe o art. 4.º, n.º 1, b) da actual LAV). Com efeito, essa dificuldade deve preferencialmente ser solucionada mediante a previsão de que, nesse caso, a sentença seja proferida só pelo presidente do tribunal arbitral, conforme estabelecem numerosas leis estrangeiras (e.g., suíça, espanhola, grega, peruana), solução esta que é também adoptada por alguns dos mais utilizados regulamentos de arbitragem institucionalizada internacional (como o Regulamento da CCI, do LCIA e o Regulamento Unificado das Câmaras de Comércio e Indústria Suíças, também conhecido por "Swiss Rules").

Finalmente, relativamente à falta de pronúncia da sentença final pelo tribunal arbitral no prazo fixado pelas partes ou pela lei (que, como se mostrará adiante, ficou estabelecido de modo muito mais flexível no Projecto), se se compreende que ela deve fazer extinguir a jurisdição desse particular tribunal arbitral, não parece constituir razão bastante para também fazer caducar a convenção de arbitragem (como estabelece o art. 4.º, n.º 1, b) da actual LAV), vedando-se assim que esse litígio seja submetido por qualquer das partes a outro tribunal arbitral constituído com base na mesma convenção e composto por árbitros a mais diligentes¹⁰. Na verdade, ponderadas todas as circunstâncias, parece dever

¹⁰ Segundo a lei espanhola de arbitragem (artigo 37 (2) 2ª parte), o decurso do prazo fixado pelas partes ou pela lei para os árbitros proferirem a sentença final determina a extinção da competência daquele e a cessação do processo arbitral, mas não afecta a eficácia da convenção de arbitragem. Solução idêntica vale para o direito francês, de acordo com entendimento da doutrina e da jurisprudência deste país (v. Fouchard, Gaillard, Goldman - On International Commercial Arbitration - Kluwer Law International - 1999, p.445). No âmbito do direito italiano, sendo a lei omissa sobre se o facto de expirar o

concluir-se que a solução de, neste caso, remeter as partes para os tribunais estaduais é a solução que mais prejudica os interesses das partes, objectivamente considerados, por ser a que maior demora implica para a resolução do litígio.

7. O artigo 5.º do Projecto contempla, no seu n.º 1, o chamado "efeito negativo da convenção de arbitragem" que, em si mesmo, significa apenas a exclusão da jurisdição dos tribunais estaduais para conhecerem do litígio abrangido por tal convenção¹¹.

Aproveitou-se, contudo, este artigo para aqui regular (nos seus vários números) outro aspecto da articulação das competências do tribunal arbitral e dos tribunais estaduais relativas a um mesmo litígio, que consiste na atribuição ao tribunal arbitral da competência para decidir sobre a sua competência para julgar o litígio que lho foi submetido, ou seja, a chamada regra "competência-competência", mais precisamente, o *efeito negativo* desta regra¹², que determina que os tribunais estaduais se recusem a examinar a questão da jurisdição do tribunal arbitral até que os árbitros se hajam pronunciado sobre essa questão, o que se traduz em estabelecer a favor daqueles uma regra de prioridade cronológica quanto à tomada de uma decisão sobre tal matéria. Como noutra lugar escreveu o autor do presente texto, trata-se de permitir que os árbitros sejam, não

prazo fixado para os árbitros proferirem sentença, sem que o tenham feito, além de fazer extinguir a jurisdição daqueles, determina a caducidade da convenção de arbitragem, a maioria da doutrina defende que esta convenção não caduca neste caso, enquanto que a orientação maioritária da jurisprudência é no sentido contrário (v. Giorgio Barbieri e Enrico Bella - Il Nuovo Diritto dell'Arbitrato - 2007 - Cedam, pp. 144-145).

¹¹ Efeito esse que, como salientou o Professor Raúl Ventura (Convenção de Arbitragem - Revista da Ordem dos Advogados - ano 46 (1986) - T. II, pág. 380), não constitui conteúdo da convenção de arbitragem, visto que a vontade das partes não se dirige a excluir a jurisdição estatal, mas sim a constituir um tribunal arbitral; a exclusão da jurisdição dos tribunais estaduais resulta só reflexamente da convenção de arbitragem e é sancionada através do meio técnico que, no direito processual civil português, é a excepção de violação de convenção de arbitragem que, se for acolhida pelo tribunal estadual em que fora invocada, determina a absolvição do réu da instância.

¹² O *efeito positivo* da regra "competência-competência" é regulado no artigo 18.º do Projecto.

os únicos juizes (o que não é aceite em nenhum ordenamento jurídico conhecido), mas os primeiros juizes da sua competência¹³.

Para justificar a consagração do *efeito negativo* da regra da "competência-competência", a doutrina francesa salienta que o facto de se preceituar que o tribunal estadual só possa verificar a competência do árbitro depois de este se ter pronunciado sobre esta questão, tem por efeito que a intervenção do juiz estadual, chamado a controlar essa decisão do árbitro, possa vir a ser dispensada (se esta decisão, convincentemente fundamentada, for acatada pelas partes, o que acontece em muitos casos) e que, se aquele controlo vier a ter lugar, o seu exercício seja mais simples e eficiente, dado ser efectuado com referência a uma decisão anteriormente tomada¹⁴.

¹³ V. "A Autonomia da Cláusula Compromissória e a Competência da Competência do Tribunal Arbitral" - Revista da Ordem dos Advogados - ano 68, T. I (Janeiro 2008), pág. 367.

¹⁴ Porque o exame sucessivo (primeiro, pelo árbitro, depois, pelo juiz) permite que essa questão seja melhor apreciada e decidida, dado que o juiz poderá inspirar-se na motivação adoptada pelo árbitro ou, pelo contrário, encontrar nela a falha que justifique a anulação; a isto acresce que a prévia discussão perante o árbitro da questão da sua competência, fará com que o juiz, quando for chamado a controlar a decisão do árbitro, beneficie da circunstância de no processo arbitral ter tido lugar uma mais completa instrução e uma mais desenvolvida troca de argumentos do que provavelmente aconteceria se a questão fosse logo submetida ao tribunal estadual (v. neste sentido, Pierre Mayer - "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence" in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International - The Hague - T. 217 (1989), pp. 346-351; Emmanuel Gaillard - La reconnaissance en droit suisse de la seconde moitié du principe de l'effet négatif de la compétence-compétence - in *Liber Amicorum in honour of Robert Brinner* - 2005 - ICC Publishing, pp. 316-319). Um argumento adicional a favor da consagração do efeito negativo da regra "competência-competência" é o facto de ele conduzir a que o controlo aprofundado da validade da convenção de arbitragem fique a cargo do tribunal estadual do lugar da arbitragem, em vez de ser exercido pelo tribunal ou tribunais estaduais de outros países perante os quais a convenção de arbitragem seja invocada como excepção justificativa da absolvição da instância perante eles instaurada, uma vez que estes tribunais, quando confrontados com uma convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula, manifestamente ineficaz ou manifestamente inexecutável, declinarão competência a favor do tribunal arbitral, assim se evitando o risco de o exercício daquele controlo por mais do que uma jurisdição estadual dar azo a decisões contraditórias (v. sobre este ponto, Jean-François Poudret et Sébastien Besson

Foi este *efeito negativo* da regra “competência-competência” que visou consagrar-se através da inserção do adjectivo “manifestamente” no n.º 1 deste artigo (claramente inspirado na legislação francesa sobre arbitragem¹⁵) de modo a operar perante o tribunal estadual ao qual tenha sido submetido o litígio abrangido por uma convenção de arbitragem, possibilitando ao demandado invocar esta perante este tribunal, mediante dedução da excepção dilatória prevista no art. 489.º, j) *in fine* do nosso Código do Processo Civil. A inserção daquele adjectivo tem por consequência que o tribunal estadual só possa fazer uma verificação *prima facie* da existência, validade, eficácia ou exequibilidade da convenção de arbitragem¹⁶ que seja invocada pelo demandado na acção proposta

– Comparative Law of International Arbitration – 2007 – Thomson (Sweet & Maxwell), pp. 453-454).

¹⁵ Mais precisamente, no art. 1458 (2) do *NCPC* que dispõe: “se o litígio não tiver ainda sido submetido a arbitragem, o tribunal estadual só não deve considerar-se incompetente se a convenção de arbitragem for manifestamente nula”. Com base nesta disposição legal, desenvolvida por uma jurisprudência muito firme e rica, entende-se pacificamente que o direito francês consagra plenamente a chamado *efeito negativo* da regra da competência-competência, o qual também teve acolhimento no artigo VI (3) da Convenção de Genebra de 1961, sobre Arbitragem Comercial Internacional (que Portugal não ratificou, mas de que numerosos Estados europeus são partes).

¹⁶ A expressão final do n.º 1 do artigo 5.º do Projecto visa traduzir os valores jurídicos negativos (*null and void, inoperative or incapable of being performed*) que, segundo a Convenção de Nova Iorque e a Lei-Modelo da *Uncitral*, se forem detectados na convenção de arbitragem pelo tribunal estadual, permitem que este não considere procedente a defesa do réu nela baseada e não o absolva da instância, como, em princípio, deverá suceder quando uma convenção de arbitragem seja perante ele invocada. A formulação adoptada neste artigo do Projecto para traduzir o efeito negativo das convenções de arbitragem, difere da usada naqueles instrumentos internacionais (“... *the court shall refer the parties to arbitration...*”), por esta ter parecido desajustada ao nosso direito processual, perante o qual, numa tal situação, o tribunal estadual não dirige uma injunção às partes para que submetam o seu litígio a um tribunal arbitral a constituir ou constituído, limitando-se a absolver do réu da instância e a pôr termo à acção perante ele proposta.

perante aquele tribunal^{17 18}, cabendo ao tribunal arbitral apreciar profundamente e decidir, em primeiro lugar, sobre tal questão.

Solução diferente é a adoptada em muitos outros ordenamentos jurídicos que apenas acolhem o chamado *efeito positivo* da regra da “competência-competência”, o que implica não só permitir-se (ou impor-se) ao tribunal estadual perante o qual se invoque a existência de uma convenção de arbitragem, que conheça profundamente da questão da validade, eficácia e exequibilidade de tal convenção, mas também admitir-se a propositura no tribunal estadual competente de uma acção tendente a fazê-lo conhecer da existência, validade, eficácia ou exequibilidade de uma convenção de arbitragem, a título principal¹⁹ e não já em sede de

¹⁷ Idêntico adjectivo é usado no n.º 4 do art. 12.º da actual LAV a respeito de outra questão (relativa à nomeação de árbitro em falta que o Presidente do Tribunal da Relação deve fazer, se tal lhe for requerido, sempre que a convenção de arbitragem não seja manifestamente nula), disposição essa que, em conjugação com o disposto no n.º 4 do art. 21.º da mesma Lei, pode ser aplicada por analogia à questão aqui em apreciação (parece ser este o entendimento defendido pelo Professor Luís de Lima Pinheiro *in* Arbitragem Internacional – a determinação do estatuto da arbitragem – 2005- Almedina, p. 136), de modo a poder defender-se que a solução que veio enunciar-se no n.º 1 do artigo 5.º do Projecto já estava acolhida na actual LAV.

¹⁸ Por força do disposto no n.º 2 do artigo 5.º, mesmo que um tribunal estadual entenda, com base em exame sumário sobre a existência, validade, eficácia ou exequibilidade da convenção de arbitragem, que esta não tem estes requisitos e que, por isso, o tribunal arbitral não dispõe de um título em que possa fundar validamente a sua competência, decidindo portanto o tribunal estadual deixar prosseguir acção perante ele proposta, ainda nesse caso tribunal arbitral constituído ou a constituir pode, em virtude do disposto no n.º 2 deste artigo, fazer iniciar e prosseguir o processo arbitral instaurado, desde que entenda que tem competência para decidir o litígio que lhe foi submetido; pode até acontecer que o tribunal arbitral profira sentença final sobre esse litígio, enquanto a acção supramencionada estiver pendente no tribunal estadual. Contudo, logo que transite em julgado uma sentença de um tribunal estadual que negue ao tribunal arbitral competência para conhecer daquele litígio, o processo arbitral cessa imediatamente ou, se nele já tiver sido proferida sentença final, torna-se esta passível de impugnação com esse fundamento, como resulta do disposto nos artigos 5.º, n.º 3, 18.º, n.º 7, e 46.º, n.º 3, a), i) e iii), do Projecto.

¹⁹ É esse, nomeadamente, o caso do direito alemão [*ZPO*, § 1032 (2)] que, contudo, só permite que uma tal acção seja proposta até à constituição do tribunal arbitral; do direito sueco [lei de arbitragem sueca de 1999, art. 2 (2), em que tal acção pode ser proposta em qualquer altura, embora não suspenda o processo arbitral]; e do direito inglês

decisão sobre uma excepção tendente à extinção da acção por absolvição da instância²⁰. É para vedar completamente essa possibilidade que o n.º 4 do artigo 5.º do Projecto impede que, quer através de uma acção de simples apreciação proposta perante um tribunal estadual (como a que é admitida nos ordenamentos acima mencionados) quer mediante requerimento de procedimento cautelar perante aquele instaurado, se possa pôr em causa a supra-referida prioridade que se visou conferir ao tribunal arbitral quanto à decisão sobre a sua própria competência.

Como se salientou acima, o princípio da "competência-competência", mesmo quando se lhe confere a máxima amplitude (isto é, quando se dá plena expressão ao seu *efeito negativo*), nunca é entendido como subtraindo a decisão proferida pelos árbitros sobre a sua jurisdição ao subsequente controlo dos tribunais estaduais, aos quais pertence sempre a última palavra sobre esta questão. Daí o disposto no n.º 3 do artigo 5.º do Projecto, que visa abranger todas as possíveis hipóteses em que um tribunal estadual, pronunciando-se (com decisão transitada em julgado) no sentido da incompetência do tribunal arbitral, depois de este haver decidido (no sentido oposto) sobre essa questão, resolve definitivamente

[*Arbitration Act* de 1996, section 32, segundo a qual o tribunal da Coroa para isso competente pode julgar e decidir sobre o mérito de tal questão, mas só se houver acordo das partes a esse respeito ou, na falta deste, se o tribunal arbitral nisso consentir; neste último caso, é ainda preciso que o tribunal da Coroa entenda que a sua decisão é susceptível de poupar custos substanciais, que o pedido seja feito sem demora e que haja uma boa razão para essa questão seja decidida por um tribunal da Coroa]. A posição do direito suíço é mais difícil de identificar, visto que, no âmbito deste, embora o art. 179 (3) Lei Suíça de Direito Internacional Privado disponha que o juiz perante o qual seja invocada uma convenção de arbitragem deve fazer apenas um "exame sumário" da sua existência (o, claro está, da sua validade), as opiniões emitidas na doutrina sobre a se os árbitros tem ou não uma prioridade sobre o tribunal estadual quanto ao julgamento da validade, eficácia e exequibilidade da convenção de arbitragem são algo contraditórias, não sendo clara a orientação da jurisprudência do Tribunal Federal sobre esta matéria (sobre esta temática, no direito suíço, v. J. F. Poudret et S. Besson – *ob. cit.*, pp. 413-414; e Emmanuel Gaillard – *La reconnaissance en droit suisse de la seconde moitié du principe de l'effet négatif de la compétence-compétence* – *cit.*, pp. 311-326).

²⁰ Para uma análise exaustiva do conteúdo e efeitos do princípio da "competência-competência", na Convenção de Nova Iorque, na Lei Modelo da Uncitral e em diversas legislações nacionais, v. Gary Born – *International Commercial Arbitration* – vol. I – 2009 – Wolters Kluwer, pp. 855-1001.

tal controvérsia, fazendo cessar o processo arbitral e anulando a sentença que os árbitros hajam entretanto nele proferido.

Constituição do tribunal arbitral

8. No que tocante à constituição do tribunal arbitral, domínio em que a actual LAV continha nítidas deficiências ou omissões²¹, o Projecto inovou profundamente.

Um das inovações mais importantes do Projecto neste domínio foi a expressa imposição (no seu artigo 13.º) de que os árbitros sejam *independentes e imparciais*, possibilitando-se que estes sejam recusados se, inicialmente ou no decurso de arbitragem, forem por eles reveladas ou se descobrirem factos ou circunstâncias que suscitem fundadas dúvidas sobre a falta de um ou de ambos esses requisitos. Tais exigências são hoje generalizadamente entendidas como indispensáveis para que a arbitragem possa constituir uma forma de exercício da "jurisdição"²². Na

²¹ Sobretudo quando se trate arbitragens *ad hoc*, visto que nas arbitragens administradas por instituições especializadas e que decorrem sob a égide de regulamentos que dão expressão aos conceitos e princípios que hoje universalmente se entende deverem reger as arbitragens e que são, por isso, capazes de dar resposta adequada às mais importantes questões que podem suscitar-se durante os processos arbitrais, muitas das insuficiências da actual LAV poderão não se fazer sentir.

²² Mesmo quando, em algumas leis estrangeiras ou regulamentos de arbitragem institucionalizada internacionais, se menciona apenas um dos requisitos referidos no texto, vem a concluir-se quase sempre, de acordo com os comentadores e a prática da aplicação desses instrumentos normativos, que ambos os ditos requisitos devem ser cumpridos pelo árbitros. Como observaram Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides – *Law and Practice of International Commercial Arbitration* – 4ª ed. – Thomson/Sweet & Maxwell – 2004, p. 201, "...there has been a distinct trend towards viewing these two elements as the opposite side of the same coin. There has therefore been a move towards considering them as a "package", and to use them as parallel tools for assessing the potential for actual or apparent bias. They are rarely used on their own, individually, but are usually joined together as a term of art". É de realçar, a este propósito, que o "Code of Ethics" que a *American Arbitration Association (AAA)* aprovou, em 2004, para as arbitragens domésticas, só admite que os princípios da imparcialidade, independência e neutralidade, que aí são enunciados como obrigando todos os árbitros, possam ser derogados (ao abrigo do seu *Canon X*) quanto aos árbitros nomea-

ordem jurídica portuguesa, é a própria Constituição da República que impõe a aplicação dos supramencionados requisitos aos membros dos tribunais arbitrais²³, uma vez que, conforme o Tribunal Constitucional tem considerado em vários dos seus acórdãos, os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais em sentido constitucional²⁴ e exercem a função jurisdicional, constituindo o tribunal arbitral voluntário um caso de exercício privado desta função²⁵. Por outro lado, como o Tribunal Constitucional também tem salientado, o conceito de jurisdição tem como elementos essenciais a independência e imparcialidade do decisor²⁶, sendo indispensável que estas sejam asseguradas através de garantias orgânicas, estatutárias e processuais. Ainda segundo o Tribunal Constitucional, no caso dos tribunais arbitrais, aquelas garantias não são satisfeitas com a simples aplicação aos árbitros do regime de impedimentos e escusas estabelecido na lei de processo civil para os juízes (constante do artigo 10.º da actual LAV), sendo ainda necessário garantir, na sua própria constituição e funcionamento, a independência e imparcialidade dos membros do tribunal arbitral²⁷.

dos pelas partes, se estas tiverem expressamente adoptado um tal regime, devendo, em caso de dúvida, entender-se (estabelecendo esse Código uma presunção nesse sentido) que todos os membros dos tribunais arbitrais, incluindo os que sejam nomeados pelas partes, tem de preencher e cumprir os sobreditos requisitos de imparcialidade de independência e de neutralidade, os quais, para as arbitragens internacionais, são afirmados pelas regras da AAA sem se permitir a sua derrogação pelas partes (v. o art. 7 das International Arbitration Rules do ICDR, que é a divisão da AAA para as arbitragens internacionais).

²³ V. a demonstração desta asserção em Miguel Galvão Teles – “Aspectos Constitucionais da Arbitragem”, acessível em: <http://arbitragem.pt/estudos/aspectos-constitucionais-da-arbitragem.ppt>, invocando nesse sentido não só o disposto nos artigos 203.º e 209.º da Constituição mas também a referência ao “processo equitativo” constante do seu 20.º, n.º 4 (aditado pela R/C de 1997).

²⁴ Isto é, “são uma das categorias de tribunais que a Constituição prevê”; *cf.* o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/86; o entendimento fixado por este Acórdão foi retomado e desenvolvido em diversos acórdãos posteriores deste Tribunal, entre os quais merece destaque, relativamente ao tema em análise, o Acórdão n.º 55/92.

²⁵ V. o Acórdão do TC n.º 230/86.

²⁶ Requisitos estes que também são enunciados no art. 10.º DUDH e no art. 6.º da CEDH.

²⁷ V. o Acórdão do TC, n.º 55/92.

A luz deste entendimento, é por demais evidente a inadequação do disposto no art. 10.º da actual LAV, devido à flagrante diferença (em que os autores desta lei manifestamente não atentaram) que existe entre os contextos socioprofissionais em que os juízes, por um lado, e os árbitros, por outro, exercem as suas funções²⁸, donde resulta que a remissão feita na lei actual para o regime de impedimentos e escusas dos juízes nunca poderia constituir, sequer parcialmente, uma expressão minimamente satisfatória dos supra-referidos requisitos essenciais de independência e imparcialidade no exercício da jurisdição para que se constitui o tribunal arbitral.

Face a esta evidente insuficiência da actual LAV, impôs-se nos artigos 9.º e 13.º do Projecto que os árbitros (todos eles e não só “os não nomeados por acordo das partes”, diferentemente do disposto no art. 10.º da LAV actual) sejam independentes e imparciais²⁹. Além disso, procu-

²⁸ Dado que os juízes exercem as suas funções com carácter exclusivo e integrado numa carreira pública, só num (relativamente) reduzido número casos (em que existam relações familiares ou pessoais entre o juiz e uma partes ou um interesse daquele na decisão do pleito num ou noutro sentido) poderá surgir a questão do eventual prejuízo da sua independência ou imparcialidade para julgar um litígio. Ao invés, relativamente aos árbitros, é muitíssimo mais vasto o universo de possíveis casos ou situações em que a sua independência e imparcialidade pode ser posta em causa ou fundamentamente questionada, visto que exercem uma profissão que, pela sua natureza (advogados, engenheiros ou economistas que prestam os seus específicos serviços, docentes universitários que dão pareceres, etc.), origina frequentemente relações (actuais ou ocorridas em passado não muito distante; directamente ou através das sociedades profissionais a que pertencem) com as partes ou com entidades a estas ligadas (por ex. sociedades pertencentes ao mesmo grupo) geradoras de conflito de interesses que inquinam ou perturbam (ou podem fazer recear que tal aconteça) a sua independência e imparcialidade.

²⁹ Dispensou-se, no Projecto, a definição destes conceitos, cujo significado se julgou ser, no essencial, conhecido da generalidade dos destinatários desta lei, por se ter entendido que a sua densificação cabe à doutrina e à jurisprudência. Para um apuramento dessa definição, poderá recorrer-se ao que ficou consignado nas *Rules of Ethics for International Arbitrators* da IBA de 1987, em cuja regra n.º 3 se lê que “*Partiality arises when an arbitrator favors one of the parties, or where he is prejudiced in relation to the subject matter of the dispute. Dependence arises from relationships between an arbitrator and one of the parties, or with someone closely connected with one of the parties.*” Sobre o significado destes conceitos, pode também referir-se o que escreveram A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby and C. Partasides – *ob.cit.* – p. 201: “*It is generally considered that “dependence” is concerned exclusively with questions arising out of the*

rou assegurar-se que o cumprimento de tais requisitos se torne efectivo na prática das arbitragens sujeitas ao projectado diploma, através do dever imposto aos árbitros de revelarem quaisquer circunstâncias efectiva ou potencialmente inquinadoras da requerida independência e imparcialidade, bem como da possibilidade de destituição dos árbitros que estejam afectados por alguma dessas circunstâncias.

No que concerne a este último remédio, o artigo 14.º do Projecto regula o modo como qualquer das partes pode obter a destituição do árbitro que se demonstre não possuir os mencionados requisitos de independência e imparcialidade e que, apesar de se ver recusado por uma das partes, não queira renunciar ao encargo que lhe foi cometido, sendo apoiado, nessa resistência à recusa contra ele deduzida, pela parte que o designou.

Com a regulamentação da possível destituição do árbitro que foi objecto de fundamentada recusa, parece ter-se suprido satisfatoriamente uma das mais sérias deficiências existentes na actual LAV relativamente à constituição do tribunal arbitral. Evita-se assim que, no caso de a um ou mais membros do tribunal arbitral constituído faltar a indispensável independência e/ou imparcialidade, tenha a parte que por isso se sinta prejudicada de esperar pela pronúncia da sentença final por tribunal irregularmente constituído, para só então fazer valer tal fundamento em apoio do pedido de anulação dessa sentença.

9. No art. 11.º do Projecto regula-se o modo da designação dos membros do tribunal arbitral em arbitragens em que exista pluralidade *real* de partes³⁰.

relationship between an arbitrator and one of the parties, whether financial or otherwise. This is considered to be susceptible to an objective test, because it has nothing to do with an arbitrator's (or prospective arbitrator's) state of mind. (...) By contrast the concept of "impartiality" is considered to be connected with actual or apparent bias of an arbitrator - either in favour of one of the parties or in relation to the issues in dispute. Impartiality is thus a subjective and more abstract concept than independence, in that it involves primarily a state of mind. This presents special difficulties in terms of objective measurement...".

³⁰ Como é frequentemente sublinhado pela doutrina, não é o simples facto de existirem vários demandantes ou vários demandados (caso em que a pluralidade de partes pode ser meramente *formal*) que pode requerer uma regulamentação específica quanto

Sendo diversas, como é sabido, as soluções que, na sequência do acórdão *Dutco* proferido, em 1992, pela *Cour de cassation* francesa, vieram a ser adoptadas por várias leis estrangeiras e pelos regulamentos de arbitragem mais utilizados nas arbitragens internacionais, optou-se no Projecto por uma solução que é equivalente à consagrada no artigo 10 (2) do Regulamento da CCI³¹. Consiste esta solução em confiar-se ao tribunal estadual competente a decisão sobre se o facto de as partes que constituem um dos lados (que são, quase sempre, os demandados) da estrutura bipolar que as arbitragens em regra assumem, e que, devendo designar conjuntamente um dos árbitros³², não o tenham feito com a alegação de que têm interesses conflitantes relativamente ao fundo da causa, se deve à existência de um conflito real de interesses entre essas partes que justifique que todos os árbitros sejam designados pelo tribunal estadual competente ou se, ao invés, tal alegação não passa de mera desculpa que vise apenas tornar ineficaz a nomeação do árbitro entretanto feita pela parte ou partes que constituem o pólo oposto dessa arbitragem. Só no primeiro desses casos é que o tribunal estadual deverá nomear a totalidade dos membros do tribunal arbitral, devendo, no segundo caso, nomear apenas o árbitro que as partes em falta haviam omitido fazer.

A competência da competência do tribunal arbitral

10. A generalidade dos ordenamentos jurídicos reconhece ao tribunal competência para decidir sobre a sua competência para dirimir o litígio que lhe foi submetido, mesmo que esta seja contestada por qualquer das partes, com invocação de inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. Assegura-se assim que o tribunal arbitral

ao modo de designação dos membros do tribunal arbitral, mas sim o facto de as várias pessoas (ou partes *hoc sensu*) que formam um ou ambos os pólos da estrutura bipolar que caracteriza normalmente as arbitragens serem portadoras de interesses conflitantes quanto ao fundo da causa.

³¹ Que corresponde também à acolhida no Regulamento do Centro de Arbitragem da CCIP/ACI (art. 8.º, n.º 3).

³² Considerando, para simplificar, o caso mais frequente de o tribunal arbitral ser formado por três membros.

não seja paralisado pela excepção deduzida por uma das partes, de que lhe falta para o efeito competência, permitindo-se-lhe, se entender que a tem, negar procedência aos argumentos aduzidos por essa parte, o que possibilita a continuação do processo arbitral, em princípio, até à decisão final sobre o litígio³³. No entanto, a decisão do tribunal arbitral sobre essa questão não a resolve definitivamente, uma vez que sobre aquela pode prevalecer a decisão, em sentido contrário, proferida pelo tribunal estadual competente.

Nisto consiste o chamado *efeito positivo* da regra de "competência-competência"³⁴ que é consagrado no art. 16.º da Lei Modelo da UNCITRAL assim como, em linha com a solução nesta adoptada, em todas as leis que nela se basearam e também em muitas outras legislações que nela não se inspiraram, entre as quais a actual LAV portuguesa, no seu art. 21.º, n.º 1.

11. Estreitamente relacionado com o *efeito positivo* da regra da competência-competência (embora dele se deva distinguir) está o princípio da "autonomia ou separabilidade da convenção de arbitragem", segundo a qual a decisão pelo tribunal arbitral de que o contrato é inválido não acarreta, só por si, a invalidade da cláusula de arbitragem que dele faça parte. Este princípio de "separabilidade" da cláusula compromissória está acolhido na segunda parte do n.º 1 do art. 18.º do Projecto³⁵. O facto de se enunciar este princípio no mesmo número em que se afirma

³³ Mas, segundo o Projecto, não é necessariamente assim, como se explicará no parágrafo 12, *infra*.

³⁴ Quanto ao *efeito negativo* da regra "competência-competência", remete-se para o que ficou dito no parágrafo 7, *supra*.

³⁵ A enunciação do princípio da autonomia ou separabilidade da convenção de arbitragem, contida no n.º 1 do art. 18.º do Projecto, segue de perto o disposto no § 1040 (1) da Lei Alemã (ZPO). No art. 16 (1) da Lei Modelo da UNCITRAL, este princípio tem uma formulação um pouco mais explicativa: "...an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause". No n.º 2 (primeira parte) do artigo 21.º da actual LAV portuguesa, o princípio da autonomia da convenção de arbitragem é enunciado de forma análoga ao da parte final do art. 16 (1) da Lei Modelo da UNCITRAL.

o *efeito positivo* da regra da competência-competência³⁶ explica-se por esta, só por si (isto é, sem a simultânea consagração da separabilidade da cláusula de arbitragem), não permitir que os árbitros afirmem a sua competência para decidir o litígio, caso considerem inválido o contrato em que se insere a cláusula arbitral. Com efeito, é a separabilidade dessa cláusula (relativamente ao contrato arbitral) que permite aos árbitros manterem a sua competência, apesar de declararem inválido ou ineficaz o contrato litigioso³⁷.

12. A mais significativa diferença existente, relativamente ao regime da competência da competência do tribunal arbitral, entre o disposto na actual LAV e o que consta do Projecto, reside no facto de este, no seu art. 18.º, n.º 7, permitir que uma decisão interlocutória proferida pelo tribunal arbitral, pela qual este afirme a sua competência para decidir o litígio que lhe fora submetido, seja logo impugnada por qualquer das partes perante o tribunal estadual competente³⁸. A solução consagrada no n.º 21, n.º 4, da actual LAV, que é claramente minoritária no plano do direito comparado, não parece ser a melhor, pois obriga as partes a esperarem que o processo arbitral chegue ao fim e nele seja proferida sentença final sobre o fundo da causa, para só então poderem impugnar a decisão interlocutória pela qual o tribunal arbitral decidira ter competência para julgar o mérito da causa, o que pode implicar desperdício de considerável tempo e de dinheiro. Ao invés, a solução acolhida no n.º 4 do art. 18.º do Projecto, não impedindo (tal como a solução consagrada na actual LAV) que o processo arbitral prossiga e não premiando, por-

³⁶ Tal como fazem o art. 16 (1) da Modelo da UNCITRAL e as disposições correspondentes da leis que nela se basearam.

³⁷ V., do autor do presente texto, "A Autonomia da Cláusula Compromissória e a Competência da Competência do Tribunal Arbitral" - *loc. cit.*, p. 368-370.

³⁸ Seguiu-se aqui solução consagrada no art. 190 (3) LDIP suíça, no art. 16 (3) da Lei Modelo da UNCITRAL, no § 1040.º da lei alemã, no art. 2 da lei sueca, na section 32 (1) da lei inglesa, e que é também acolhida pela jurisprudência absolutamente pacífica em França. Note-se que, quanto ao direito francês, se é certo que aí pode ser logo impugnada a decisão interlocutória pela qual os árbitros se considerem competentes, as partes não têm o ónus de o fazer, podendo isso ser feito juntamente com a impugnação da sentença final que venha a ter lugar. V., sobre esta matéria, J. F. Poudret et S. Besson - *ob. cit.*, pp. 403-406.

tanto, eventuais actuações dilatórias das partes, (i) responsabiliza mais os árbitros, induzindo-os a analisarem mais cuidadosamente a questão da sua competência, dado que a sua decisão sobre essa questão pode ser imediatamente impugnada, e (ii) evita que tenha de se esperar pelo encerramento de um processo em que a decisão final virá provavelmente a ser impugnada e anulada.

Providências cautelares e ordens preliminares

13. Uma das mais graves lacunas da actual lei de arbitragem diz respeito às medidas cautelares relacionadas com o processo arbitral.

Perante o total silêncio que actual LAV guarda sobre esta matéria, não deve surpreender que seja insatisfatório e até incongruente o tratamento que os tribunais judiciais têm dado às várias questões que se podem suscitar neste domínio.

Por outro lado, as análises que a doutrina da especialidade tem efectuado sobre esta temática mostram bem a dificuldade da resposta a dar à questão da admissibilidade do decretamento de tais providências cautelares pelos tribunais arbitrais, quando as partes, na convenção de arbitragem (ainda que só implícita ou indirectamente), não tenham autorizado os árbitros a decretá-las³⁹, evidenciando assim a necessidade de uma intervenção do legislador neste domínio.

Num ponto estão de acordo os autores que têm abordado esta questão: os árbitros não podem ordenar medidas cautelares cuja aplicação exija o uso de meios coercivos, como é o caso do arresto. Para além deste ponto, não existe no direito português em vigor base para formular conclusões seguras: quando muito, podem nele encontrar-se "pistas" para uma resposta positiva àquela questão, cuja fragilidade não é escondida pelos autores que as tentam explorar⁴⁰.

³⁹ Uma boa demonstração das dificuldades encontradas na resposta a esta questão é constituída pelo excelente estudo da Professora Paula Costa e Silva – "A Arbitrabilidade de Medidas Cautelares" – Revista da Ordem dos Advogados – Ano 63, T. VII (Abril 2003), pp. 211-235, em particular, pp. 219-232.

⁴⁰ V. o estudo citado na nota anterior, a pp. 229-232.

Dado que esta matéria é objecto de estudo noutra artigo incluído no presente número desta revista, remete-se para o que aí se pode ler, enumerando-se aqui apenas as específicas questões a que o Projecto procurou dar resposta.

Em primeiro lugar, tornou-se claro que qualquer das partes vinculada a uma convenção de arbitragem pode, antes do início do processo arbitral ou durante este, requerer (v. art. 7.º do Projecto) a um tribunal estadual o decretamento de providências cautelares relacionadas com essa arbitragem, e que esse tribunal pode decretá-las (v. art. 29.º), sem que esse requerimento signifique renúncia pelo requerente à convenção arbitral e sem que o seu deferimento pelo tribunal estadual se possa considerar como invadindo a esfera de autonomia do tribunal arbitral.

Em segundo lugar, seguindo muito de perto o preconizado na Lei Modelo da UNCITRAL (com os aditamentos que lhe foram feitos em 2006), regulou-se pormenorizadamente no Projecto os termos em que os tribunais arbitrais podem decretar não só "providências cautelares" (que só podem ser decretadas após a audição do requerido) mas também "ordens preliminares" que, por natureza, são de curta duração, pois que servem apenas para preservar o *status quo*, enquanto o tribunal não está em condições de decretar uma providência cautelar. Admite-se, por isso, que estas "ordens preliminares" sejam emitidas sem audição da parte requerida, devendo, contudo, logo após a sua notificação ao requerido, ser sujeitas ao contraditório, mediante possibilidade facultada ao requerido de apresentar os seus argumentos contra a ordem preliminar emitida. Dada a sua natureza específica, as ordens preliminares foram configuradas como insusceptíveis de execução coerciva, ao contrário do que se previu para as providências cautelares, relativamente às quais se regulou o modo de colaboração dos tribunais estaduais na sua aplicação coerciva (v. art. 27.º e 28.º do Projecto).

Apesar de se ter seguido, neste capítulo, muito de perto, a Lei Modelo da UNCITRAL, optou-se por usar, na definição dos requisitos de que depende a emissão das ordens preliminares e das providências cautelares, a terminologia adoptada nesta matéria pelo Código do Processo Civil, por ser mais familiar aos juristas portugueses.

Como se accentuou na "Exposição de Motivos" publicada juntamente com o Projecto, este é certamente um dos domínios em que mais intensamente vai ser posto à prova o espírito de boa colaboração que terá

de existir entre os tribunais arbitrais e os tribunais do estado (judiciais ou administrativos), para que o novo regime contemplado no Projecto possa ser aplicado com o sucesso almejado.

Condução do processo arbitral

14. Apesar de o capítulo do Projecto relativo à "Condução do Processo Arbitral" conter regulamentação muito mais compreensiva do que aquela que na actual lei corresponde a esta matéria, contemplando diversos pontos que mereceriam ser aqui objecto de comentário, os limites impostos à dimensão do presente texto impõem que se mencionem só alguns desses pontos de feição mais marcadamente inovadora.

15. O primeiro desses pontos diz respeito ao acolhimento (a título supletivo), no art. 35.º do Projecto, da solução consagrada no art. 25 Lei Modelo da UNCITRAL, do efeito não cominatório da revelia do demandado (*i.e.*, impossibilidade de esta ter por efeito uma confissão tácita ou ficta das afirmações do demandante) e, em termos mais gerais, da ausência de efeito probatório directamente resultante da falta de comparência de uma das partes a uma audiência ou da falta de produção de documentos que uma parte devesse apresentar, para formação da convicção do julgador.

Esta solução corresponde ao entendimento defendido pelos mais reputados autores no campo da arbitragem internacional⁴¹, os quais acenam que, na falta de disposição legal ou de prévio acordo entre as partes em contrário, os árbitros devem decidir o litígio com base na prova efectivamente produzida perante eles e não com base em factos *considerados como admitidos* unicamente por não terem sido contestados pela parte contrária⁴².

⁴¹ V. Craig Park, Paulsson – *International Chamber of Commerce Arbitration* – 2000- Oceana Publications, p. 153; Fouchard, Gaillard, Goldman- *ob. cit.*, p. 744.

⁴² O que não significa que, de acordo com o que é admitido pacificamente na doutrina e na prática da arbitragem internacional (e está expressamente previsto no art. 9, n.º 4, das *IBA Rules on Taking Evidence in International Commercial Arbitration*), os árbitros não possam extrair "conclusões adversas" (*adverse inferences*) do comportamento

16. O segundo ponto que, neste capítulo, é merecedor de destaque diz respeito à questão da admissibilidade da "intervenção de terceiros" no decurso do processo arbitral. Esta matéria não constava do Projecto inicial apresentado pelo autor do presente texto aos outros membros da Direcção da A.P.A., por haver entendido que a complexidade do tema e a inadequação da transposição de grande parte do regime da intervenção de terceiros em processo civil para o processo arbitral⁴³ tornavam preferível que, à semelhança do que acontecera na preparação de leis estrangeiras sobre arbitragem⁴⁴, o Projecto não tratasse tal matéria, deixando às partes a possibilidade de a regularem na convenção de arbitragem, quer directamente quer através da remissão para regulamentos de arbitragem que admitem, com maior ou menor latitude, a intervenção de terceiros em arbitragem em curso, seja por iniciativa destas seja a requerimento de quem nelas já seja parte. A maioria dos membros da Direcção da A.P.A. foi, contudo, de opinião que o Projecto deveria incluir um artigo sobre este tema, que veio a ser o art. 36.º.

O disposto neste artigo foi inspirado por uma grande prudência relativamente às condições de admissão da intervenção, espontânea ou provocada, de terceiros, revelada pela exigência do preenchimento cumulativo da seguintes condições para que essa intervenção possa ter lugar: (i) existência de acordo, quanto à intervenção pretendida, de todas as partes no processo, do terceiro e do tribunal arbitral; (ii) subscrição pelo terceiro interveniente da convenção de arbitragem; (iii) aceitação pelo terceiro da composição do tribunal arbitral, se este já estiver consti-

de uma parte que, perante um pedido feito pela outra parte, de que aquela apresente um documento suficientemente identificado e demonstradamente relevante, ou perante uma ordem do tribunal arbitral nesse sentido, não satisfaça tal pedido ou não acate tal ordem.

⁴³ Em virtude de esta assentar na vontade das partes e não na sujeição universal, imposta por lei, das pessoas singulares ou colectivas residentes num determinado país à jurisdição dos respectivos tribunais estaduais, donde resulta, nomeadamente, que a sentença arbitral não deva constituir caso julgado relativamente a partes que forem chamadas a intervir no processo e que não queiram fazê-lo, ao contrário do que acontece no âmbito do direito processual aplicável a esses tribunais.

⁴⁴ Foi o que aconteceu no processo de elaboração da lei sueca de 1999, em cujos "trabalhos preparatórios" foram apresentadas propostas de regulação desta matéria, que a comissão que elaborou essa Lei veio a desconsiderar, preferindo omitir o tratamento da mesma no texto que veio a ser convertido em lei.

tuído ou, se não for esse o caso, aceitação da designação do árbitro feita pela parte ao lado da qual o terceiro se irá posicionar no processo arbitral.

A razão principal de no n.º 1 do art. 36.º do Projecto se ter consagrado um regime (supletivo⁴⁵) com requisitos tão apertados para a intervenção de terceiros em arbitragens em curso, residiu na preocupação de se reduzir, na máxima medida possível, a perturbação que esse intervenção inevitavelmente causa na ordenação e condução dos processos arbitrais⁴⁶, em virtude de não estar sujeita ao regime e tramitação que a lei processual civil estabelece para a intervenção de terceiros em acções que corram perante os tribunais judiciais⁴⁷.

⁴⁵ Pois que se dispõe claramente no n.º 2 do art. 36.º que o preceituado no n.º 1 do mesmo artigo não impede que as partes acordem de modo diferente sobre a intervenção de terceiros (dispensando para o efeito alguns dos requisitos estabelecidos no n.º 1 desse artigo) quer regulando directamente essa matéria nas convenções de arbitragem (o que, em transacções económicas de grande dimensão que envolvem partes diferentes de contratos também diferentes, mas relacionados entre si, se faz mediante estipulações muito longas e complexas, contemplando a possibilidade de terem lugar arbitragens entre "related parties" que são partes de contratos diferentes, aí qualificados como "related agreements") quer remetendo para alguns regulamentos de arbitragem institucionalizada que, por exemplo, prevejam que a intervenção de terceiros possa ter lugar, mesmo contra a vontade de uma das partes na arbitragem em curso, como é o caso dos Regulamentos da LCIA, das Câmaras de Comércio e Indústria Suíças (*Swiss Rules*) da Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid e do Regulamento do Centro de Arbitragem da CCIP/ACL, sendo que, neste último, só se admite a intervenção de terceiros até à constituição do tribunal arbitral.

⁴⁶ V. Julian Lew, Loukas Mistelis and Stefan Kröll – *Comparative International Commercial Arbitration* – Kluwer Law International – 2003, pp. 337 a 409, onde se analisam detalhadamente os problemas que a intervenção de terceiros causa no desenvolvimento do processo arbitral (pp. 385-388) e se dá grande ênfase à ideia de que a intervenção de terceiros na arbitragem contra a vontade de uma das partes envolvidas colide com o princípio básico segundo o qual a jurisdição do tribunal assenta no acordo das partes; esta opinião é também perfilhada por Albert van den Berg (*Yearbook on Commercial Arbitration* – Vol. XXIII (2003), p. 634).

⁴⁷ Ao contrário do que se fez, por exemplo, no art. 25.º do novo Regulamento do Centro de Arbitragem da CCIP/ACL, que remete para os "requisitos que a lei fixar" para a admissão da intervenção de terceiros (que só podem ser os requisitos fixados nos arts. 320.º, 325.º, 330.º e 335.º do nosso C.P.C., mas já não, segundo parece, os requisitos previstos nos arts. 342.º e 347.º do mesmo Código, devido à exigência contida no art. 25.º daquele Regulamento, de que o terceiro interveniente "se associe a uma das partes" da

Na verdade, uma vez que no seio da Direcção da A.P.A. prevaleceu sempre o entendimento de que na preparação da nova lei de arbitragem se deveria evitar, tanto quanto possível, incorporar regimes e tramitações oriundos do direito processual civil (a fim de se marcar bem a diferença entre o ordenamento processual das arbitragens e o que rege a resolução de litígios submetidos aos tribunais estaduais), procurou-se, através da exigência de máximo consenso que os requisitos estabelecidos no n.º 1 do art. 36.º traduzem, mitigar as dificuldades que essa indeterminação quanto ao regime aplicável inevitavelmente criaria à condução do processo pelos árbitros, tendo em conta a plena observância dos princípios fundamentais enunciados no art. 30.º, n.º 1, b) e c), a que eles estão obrigados e, por via da obtenção do referido consenso máximo, reduzir também a vulnerabilidade da sentença final à sua possível impugnação (ao abrigo do artigo 46.º do Projecto) pela parte que, tendo-se oposto à intervenção de terceiro, viesse depois a argumentar que, por causa das alterações que houve que efectuar na ordenação do processo arbitral, algum desses princípios havia sido ofendido, com influência no resultado da arbitragem.

Seja como for, alguns aspectos da solução acolhida no n.º 1 do art. 36.º merecem ser objecto de reflexão mais aprofundada, caso o Projecto venha a ser retomado pelo Governo como base de trabalho na preparação de uma nova LAV⁴⁸.

arbitragem em curso) – o que não significa que, com essa expressão, se haja incorporado neste Regulamento o regime das várias formas de intervenção de terceiros constante do C.P.C.. Também na reforma de que em Itália, em 2006, foi objecto o regime da arbitragem [v. art. 816 *quinqües* (II) e (III) do CPC italiano] se determinou a aplicação à arbitragem – regulada no Título VIII do livro IV do C.P.C. Italiano – de uma reduzida parte do regime da intervenção de terceiros que nesse Código se estabelece para as acções que correm perante os tribunais judiciais; sobre esta matéria, v. Giorgio Barbieri e Enrico Bella – *Il Nuovo Diritto Dell' Arbitrato* – 2007 – Cedam, pp. 233-238.

⁴⁸ O facto de a regulamentação desta matéria ter sido introduzida algo tardiamente no Projecto explica que a solução introduzida no n.º 1 do art. 36.º revele algumas deficiências de redacção, como é o caso da referência à intervenção de terceiro provocada por uma das partes "para a si se associar", quando o que se quis realmente dizer foi "para se associar a quem já é parte no processo" (seja esta a parte que provoca a intervenção seja a parte contrária). É de notar que idêntico erro de redacção existe no artigo 25.º do Regu-

A sentença arbitral e a conclusão do processo

17. No que respeita aos critérios de decisão do litígio, ao modo de obtenção da decisão no caso de o tribunal arbitral ser composto por mais de um árbitro, ao prazo de que os árbitros dispõem para proferir a sentença final, à sua irrecorribilidade, aos actos posteriores à sua notificação que os árbitros podem ainda praticar não só para rectificarem erros materiais e esclarecerem obscuridades ou ambiguidades mas também para proferirem sentenças adicionais sobre pontos omitidos na sentença notificada, o Projecto inovou muito significativamente relativamente à lei actual.

18. Assim, além de se ter mantido o disposto na actual LAV sobre a obrigação dos árbitros, nas arbitragens internas⁴⁹, julgarem segundo o direito constituído, a menos que as partes na convenção de arbitragem ou em documento por eles subscrito até à aceitação do primeiro árbitro, os tenham autorizado a julgar segundo a equidade, admitiu-se agora, conforme alguns autores já haviam proposto⁵⁰, que os árbitros possam, durante todo o processo e até à sentença final, ser autorizados pelas par-

lamento do Centro de Arbitragem da CCIP/ACL, que foi, em parte, a fonte inspiradora do artigo 36.º, n.º 1, do Projecto.

⁴⁹ O que, nas arbitragens internacionais, deva entender-se por "decisão segundo o direito" passou a ter no Projecto um conteúdo muito mais abrangente, uma vez que, neste (artigo 52.º), o fundo da causa pode ser decidido de acordo "com regras de direito", que não têm necessariamente origem nos direitos dos Estados ou em convenções internacionais, abrindo-se assim a porta à designação (pelas partes ou pelo tribunal arbitral) de normas jurídicas de fonte *anacional*, tais como os princípios da chamada *Lex Mercatoria* (nomeadamente, os que têm vindo a ser "codificados" pelo "Centre for Transnational Law" da Universidade de Colónia, sob a direcção do Professor Klaus-Peter Berger, os "UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts" e os "Principles of European Commercial Law", elaborados por uma comissão dirigida pelos Professores Ole Lando e Hugh Beale).

⁵⁰ A possibilidade de a autorização das partes aos árbitros para julgarem segundo a equidade ser dada durante a arbitragem, já depois de constituído o tribunal arbitral, foi defendida, nomeadamente, por Armindo Ribeiro Mendes – *in* Balanço dos Vinte Anos da Lei de Arbitragem Voluntária – Intervenções no I Congresso do Centro de Arbitragem da CCIP/ACL – Lisboa, 2008, p. 37), embora sem a restrição que o Projecto introduziu neste particular, a que se faz referência no texto e cuja razão de ser vai explicada no nota seguinte.

tes a julgar segundo a equidade, alterando-se a rigidez da actual LAV que só admite que tal autorização seja dada na convenção de arbitragem ou em documento escrito até à aceitação do primeiro árbitro. Ressalvou-se, porém, que uma tão importante alteração dos parâmetros de decisão do litígio, no caso de se operar após a aceitação dos árbitros, só possa ter lugar com o seu acordo⁵¹.

19. Na versão inicial do Projecto incluía-se uma disposição idêntica à do art. 35.º da actual LAV, que prevê que os árbitros, em arbitragens qualificáveis como internacionais, em vez de julgarem de acordo com o direito ou segundo a equidade, possam dirimir o litígio mediante "composição amigável do litígio", ou seja, mediante decisão obtida "por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo", desde que as partes lhes tenham confiado tal missão.

Embora se discuta na doutrina portuguesa qual seja o conteúdo desta figura prevista na actual LAV e o que a distingue do julgamento segundo a equidade, entendem alguns autores que este instituto, tal como a actual LAV o define, constitui um método de resolução de litígios submetidos a arbitragem perfeitamente distinto da decisão segundo a equidade⁵².

Parece, contudo, que a autonomização dessa figura só encontra justificação no domínio das arbitragens internacionais, pois só quanto estas

⁵¹ Uma tão importante alteração do critério de decisão do litígio não deve poder ser introduzida sem que a ela os árbitros dêem o seu acordo, visto ter de se admitir que estes pudessem não ter aceite exercer a missão que lhe foi cometida, no caso de esta se dever pautar por um critério decisório (julgamento segundo a equidade) com o qual podem não se sentir confortáveis. No fundo, mais não se fez aqui do que aplicar a regra vertida no n.º 1 do artigo 4.º do Projecto, segundo a qual qualquer modificação pelas partes da convenção de arbitragem, se for efectuada após a designação dos árbitros, exige o acordo destes. Na verdade, seria inadmissível que modificações de tanta importância quanto a que têm, por exemplo, o encurtamento do prazo para a sentença final ser proferida, a alteração do modo de cálculo ou de pagamento dos honorários e despesas dos árbitros, a alteração das regras do processo ou o cometimento aos árbitros do poder-dever de decidirem o litígio segundo a equidade, pudessem efectivar-se sem o seu consentimento.

⁵² V., neste sentido, Diário Moura Vicente – Direito Comparado – Introdução e Parte Geral – 2008 – Almedina, p. 146; António Sampaio Caramelo "Arbitration in Equity and Amiable Composition under Portuguese Law" – *Journal of International Arbitration* – Volume 25, No. 5 (October 2008), pp. 569-571.

é de admitir realmente a possibilidade de as partes ou o objecto do litígio terem conexões estreitas com ordenamentos jurídicos em que a "composição amigável" é vista como um critério ou método de decisão diferente do julgamento segundo a equidade⁵³, o que justificaria que a nossa lei facultasse às partes, no âmbito dessas arbitragens, a escolha desse específico método ou critério de decisão. Ao invés, não sendo a "composição amigável" entendida como uma figura autónoma na cultura jurídica portuguesa e não havendo indícios de que pudesse fazer falta na prática das arbitragens de carácter doméstico, não se vê justificação bastante para, nestas arbitragens, ela ser legalmente previsto como critério decisório distinto do julgamento segundo a equidade⁵⁴.

Não foi este o entendimento que, em sede de revisão do Projecto de nova LAV, veio a prevalecer no seio da Direcção da A.P.A., pelo que, na versão desse Projecto que foi apresentada ao Ministro da Justiça e ao público, a "composição amigável" veio a aparecer como aplicável também no âmbito das arbitragens de carácter doméstico⁵⁵. É, contudo, legítimo duvidar que o alargamento do âmbito de utilização desta figura às arbitragens de carácter doméstico venha a ter algum alcance prático.

20. O tema relativo às vantagens e inconvenientes de se fixar na lei, a título supletivo⁵⁶, um prazo para os árbitros desempenharem a sua

⁵³ Como acontece, nomeadamente, nos ordenamentos jurídicos francês e suíço; v. sobre este ponto, Poudret et Besson – *ob cit.*, pp. 616-628.

⁵⁴ Foi muito provavelmente essa a razão por que os redactores da actual LAV só previram a "composição amigável", como instituto autónomo, para as arbitragens internacionais.

⁵⁵ Dada a altura tardia em que esta alteração foi introduzida no Projecto de nova LAV, não se adaptou a ela, por lapso de revisão, a epígrafe do respectivo artigo 39.º. Essa circunstância explica também que não se tenha consignado expressamente no art. 39.º do Projecto a irrecorribilidade da sentença proferida mediante "composição amigável" do litígio; pode, contudo, concluir-se facilmente nesse sentido, por analogia com o disposto relativamente à decisão segundo equidade.

⁵⁶ É isento de dúvida que às partes é sempre permitida a estipulação de um limite temporal (ou de vários limites temporais fixados de modo alternativo, com se faz no art. 32.º do actual Regulamento do Centro de Arbitragem da CCIP/ACL) para os árbitros proferirem a sentença final na arbitragem, mais longo ou mais curto do que o que a lei supletivamente prevê, quer façam isso na convenção de arbitragem, quer em escrito subs-

missão, proferindo sentença final na arbitragem⁵⁷, bem como à determinação de qual deveria ser esse prazo, foi um dos que suscitou maior discussão no seio da Direcção da A.P.A., em sede de apreciação do Projecto inicialmente apresentado pelo autor deste texto.

As divergências que a este respeito surgiram referiam-se menos à necessidade de se alterar o disposto no art. 19.º da actual LAV, do que à determinação da solução que a deveria substituir⁵⁸.

Importa salientar, antes de mais, que a imposição de um limite temporal para os árbitros desempenharem a missão que lhes foi cometida, não é a solução maioritariamente adoptada nas leis estrangeiras aprovadas nos últimos vinte e poucos anos.

Na verdade, a Lei Modelo da UNCITRAL não estabelece qualquer limite temporal para a duração das arbitragens e o mesmo faz a grande maioria das leis de arbitragem que se basearam nessa matriz normativa ou que foram por ela influenciadas⁵⁹. As leis que adoptaram esta solução confiaram nos remédios que nelas se oferece às partes, quando se verifique demasiado atraso dos árbitros no cumprimento da sua missão, nomeadamente a possibilidade de, de comum acordo, fazerem cessar o encargo que lhes foi conferido bem como a faculdade que qualquer das

critos pelas partes até à aceitação do primeiro árbitro a ser designado (sobre a razão desta restrição v. o que ficou dito no parágrafo 18 e na nota 51 *supra*).

⁵⁷ Sentença essa que pode pôr fim ao processo arbitral, sem os árbitros conhecerem do litígio que lhes foi submetido, como acontecerá, por exemplo, se eles se considerarem incompetentes para julgar tal litígio.

⁵⁸ O prazo supletivamente previsto no art. 19.º, n.º 2, da LAV é absurdamente curto e, por isso, tem sido severamente criticado pela melhor doutrina portuguesa. Na verdade, as estatísticas das instituições internacionais de arbitragem mais reputadas mostram que as arbitragens sobre litígios de maior complexidade nunca (ou quase nunca) duram menos de ano e meio e frequentemente duram bem mais (ainda assim, a arbitragem continua a ser, em regra, um meio mais célere de resolução de litígios do que o recurso aos tribunais estaduais). Sendo muito difícil, se não mesmo impossível, resolver no prazo supra-referido as arbitragens de maior complexidade, é inegável que o facto de o dito prazo expirar sem haver sentença proferida, com a consequente cessação e inutilização do processo arbitral, causará a ambas as partes (mas sobretudo ao autor) prejuízos muitíssimo maiores do que os que advêm de o processo arbitral poder demorar mais alguns meses (ou um ano) do que o absolutamente inadequado prazo previsto na actual LAV.

⁵⁹ Idêntica solução foi adoptada por outras leis que não foram influenciadas pela Lei Modelo da UNCITRAL, como a lei suíça e a lei holandesa.

partes tem de, com o mesmo fundamento, pedir ao tribunal estadual competente que destitua o árbitros ou árbitros em causa⁶⁰.

Só num reduzido número de leis de arbitragem estrangeiras, (nomeadamente, a francesa⁶¹, a belga⁶², a italiana e a espanhola) se estabelece um prazo para os árbitros proferirem sentença final sobre o litígio, sendo de notar que essas leis (com excepção da espanhola⁶³) permitem que tal prazo seja prorrogado pelo tribunal estadual competente, a pedido de qualquer das partes ou dos árbitros.

Solução análoga a esta foi preconizada pelo autor do presente texto na versão inicial do Projecto, com a diferença de o prazo legal supletivo aí previsto ser de 18 meses, o que além de não parecer excessivo em relação à maioria das arbitragens comerciais, se considerava ser necessário para as de maior complexidade⁶⁴. Tendo especialmente em vista estas

⁶⁰ V. o art. 14.º n.º 1 da Lei Modelo da UNCITRAL e o § 1038 (1) da lei alemã (ZPO), entre muitas outras leis naquela baseadas, que poderia aqui citar-se.

⁶¹ Segundo o entendimento firme da jurisprudência francesa, o prazo de seis meses previsto no art. 1456 do NCPC não é aplicável às arbitragens internacionais, salvo se as partes tiverem estipulado que o processo arbitral seria regido pelo direito francês.

⁶² A lei belga prevê esta fixação de um modo indirecto e muito original: na falta de estipulação das partes sobre tal matéria, qualquer destas pode, após terem decorrido seis meses sobre a data em que todos os árbitros hajam aceite o seu encargo, requerer ao tribunal estadual competente que fixe um prazo para arbitragem.

⁶³ A solução da lei espanhola (v. art. 37, n.º 2), de fixar um prazo supletivo (i.e. aplicável se as partes não houverem estipulado de outro modo) de 6 meses a contar da data da apresentação da contestação pelo demandado, prazo este que pode ser prorrogado pelos árbitros por um período adicional de 2 meses, se não houver acordo das partes em contrário, é considerado como muito inconveniente pela generalidade dos comentadores espanhóis, dado ser muito difícil, se não mesmo impossível, resolver nesse período as arbitragens com alguma complexidade ou que requeiram produção de prova mais demorada e, por outro lado, ser muito mais grave o inconveniente resultante de esse prazo expirar sem haver sentença proferida, pois que a competência para a decisão de o litígio será devolvida aos tribunais estaduais, onde um processo relativo a esse litígio terá de ser percorrido novamente, desde o início.

⁶⁴ Como se refere numa das notas justificativas do Projecto de nova LAV, para se compreender a razoabilidade do prazo supletivo fixado no Projecto, "importa ter em consideração que, após a aceitação do último árbitro, acto com o qual o tribunal arbitral fica constituído, este deve fixar o calendário processual e demais normas processuais básicas; as partes devem apresentar, sucessivamente, os seus articulados (em número de dois/três ou de quatro/cinco); o tribunal arbitral deve organizar, no mínimo, um guião da

arbitragens, propunha-se, na versão inicial do Projecto, que tal prazo pudesse ser prorrogado, por uma única vez, por mais 12 meses, por decisão do tribunal competente, mediante requerimento devidamente justificado de qualquer das partes ou dos árbitros⁶⁵. Isto, sem prejuízo de, em conformidade com o previsto na Lei Modelo da UNCITRAL, qualquer das partes poder requerer ao tribunal estadual competente que destituisse os árbitros que não actuassem com a diligência exigível (remédio este que, constando já da versão inicial do Projecto, se manteve nas versões posteriores do mesmo; v. art. 15.º, n.ºs 2 e 3).

Foi, contudo, outra a solução preferida pela maioria dos membros da Direcção da A.P.A. e que veio a constar do art. 43.º do Projecto. Segundo este artigo, quando as partes não hajam estipulado um prazo diferente na convenção de arbitragem ou em escrito subscrito até à aceitação do primeiro árbitro, os árbitros dispõem, em princípio, de um prazo de 12 meses, a contar da aceitação do último deles, para proferirem a sentença final. No entanto, para mitigar os inconvenientes que poderiam resultar da rigidez deste limite temporal (em particular, da sua insuficiência para as arbitragens de maior complexidade), admitiu-se que tal prazo (assim como o que as partes tivessem fixado na convenção de arbitragem) possa ser prorrogado por acordo das partes ou por decisão do próprio tribu-

produção da prova e fixar regras sobre a produção desta (na medida em que não o tenha já feito); deve organizar-se o quadro em que terá lugar a eventual prova pericial e realizar esta; ouvirem-se testemunhas e peritos em audiência, tudo isso com rigoroso respeito pelos princípios estabelecidos no artigo 30.º; devem depois deliberar os árbitros sobre o conteúdo substancial da sentença final e redigir-se esta com o cuidado e rigor necessários para que ela obtenha a adesão dos árbitros, ou da maioria deles, e para que não venha a ser seja facilmente anulada (ou ver recusada a sua execução) pelos tribunais estaduais competentes; finalmente, deve ser a mesma notificada às partes. Para cumprir todas estas fases e diligências, dezoito meses não seriam, de modo algum, um prazo excessivo relativamente às arbitragens de maior complexidade, como bem sabe quem tem experiência neste domínio. Embora em muitas arbitragens possam não existir algumas das fases ou diligências acima referidas, o legislador deve assegurar que, se forem elas necessárias, o processo arbitral não seja inutilizado pelo facto de não se poder concluir dentro de um prazo estabelecido tendo em vista arbitragens relativamente simples, em que não ocorram vicissitudes geradoras de demoras inabituais.

⁶⁵ Sem prejuízo das prorrogações que em que ambas as partes porventura acordassem e que eram permitidas sem qualquer condicionamento ou limitação.

nal arbitral, mediante decisão devidamente justificada, tomada por uma ou mais vezes, salvo se as partes, de comum acordo, se opuserem a tal prorrogação.

Esta solução, para a qual não se conhece paralelo no direito comparado⁶⁶, é merecedora de crítica. Não porque contra ela proceda, em bom rigor, o argumento de que, ao possibilitar-se que a duração da missão dos árbitros se torne assim ilimitada, se abre a porta a uma eventual denegação de justiça⁶⁷, nem tão pouco o argumento de que a atribuição aos árbitros da faculdade de, de modo directo ou indirecto, determinarem a duração da arbitragem, significa conferir-se-lhes a poder de fixarem o prazo de cumprimento da obrigação de que são devedores⁶⁸. Com efeito, a previsão no Projecto da possibilidade de qualquer das partes requerer ao tribunal estadual competente a destituição dos árbitros que, actuando sem a diligência exigível, demorem demasiado a prolação da sentença final, bem como da possibilidade de as partes, de comum acordo, se oporem a qualquer prorrogação do prazo da arbitragem pretendida pelos árbitros, arreda tais argumentos, visto que a existência destes remédios

⁶⁶ A solução acolhida em alguns regulamentos de arbitragem institucionalizada (nomeadamente, o da CCI), de se fixar um prazo relativamente curto (6 meses, a contar da entrega do dossier do processo aos árbitros, que pode, contudo, ser prorrogado, por uma ou mais vezes, pelo órgão directivo da entidade administrante da arbitragem), difere nitidamente da acolhida na versão final do Projecto, uma vez que, nesses regulamentos, o poder de decidir sobre a prorrogação do dito prazo pertence a uma entidade exterior ao tribunal arbitral, que tem por missão supervisionar a actuação daquele tribunal e o desempenho dos seus membros.

⁶⁷ Que é o argumento usado por alguns autores franceses para justificarem a solução consignada no art. 1456, II do NCPC (que atribui ao tribunal estadual competente o poder de prorrogação do prazo legal de seis meses) bem como para recusarem que o poder de prorrogação daquele prazo possa ser delegado pela partes aos árbitros (v., por exemplo, Jean Robert - *L'Arbitrage - droit interne, droit international privé* - 1983 - Dalloz, pp. 118-120).

⁶⁸ Argumento este que é invocado por parte da doutrina italiana para negar a possibilidade de as partes renunciarem totalmente ao estabelecimento de um prazo para os árbitros proferirem sentença final na arbitragem ou de delegarem aos árbitros a determinação desse prazo (v. discussão sobre esta questão in Giorgio Barbieri e Enrico Bella - *ob. cit.*, pp. 296-302).

permite sustentar que a duração da arbitragem não foi pelo Projecto deixada totalmente à livre decisão dos árbitros⁶⁹.

O reparo que, com razão, pode fazer-se à solução adoptada no art. 43.º do Projecto é o de ela ser algo incongruente, pois que os limites temporais aí definidos para os árbitros proferirem sentença só aparentemente existem, dado poderem ser ultrapassados por aqueles, sem grande dificuldade. Tendo-se aqui adoptado uma solução que é, no fundo, equivalente à das leis que, seguindo o modelo da UNCTRAL, prescindem de fixar limites precisos à duração das arbitragens por elas regidas⁷⁰, teria sido preferível que se tivesse optado, com clareza, pela solução preconizada naquela Lei Modelo ou, em alternativa, que se tivesse fixado um prazo inicial minimamente praticável, fazendo depender a sua prorrogação de decisão do tribunal estadual competente ou da ocorrência de circunstâncias que objectivamente pudessem justificar que os árbitros prorrogassem, com esses fundamentos, por uma única vez, o limite temporal para prolação da sentença final na arbitragem, à semelhança do que se fez na reforma do regime da arbitragem realizada, em 2006, em Itália⁷¹.

⁶⁹ Da mesma forma que a previsão de dispositivos semelhantes (a que atrás se fez referência) pela Lei Modelo da UNCTRAL e pelas leis que nesta se basearam, permite que em relação elas defenda entendimento idêntico ao referido no texto.

⁷⁰ Que é, de resto, a preferida pelos mais reputados comentadores do direito da arbitragem comercial internacional, tais como, entre outros, Pouget et Besson (*ob. cit.*, pp. 377-381), Redfern and Hunter (*ob. cit.*, p. 385), Fouchard, Gaillard, Goldman (*ob. cit.*, p. 680).

⁷¹ Após esta reforma, ficou consignado o seguinte no artigo 820 do CPC Italiano: - as partes são livres de fixar o prazo que entenderem para os árbitros proferirem sentença; para o caso de não o terem feito, a lei fixa esse prazo em 240 dias, o qual pode ser prorrogado, por uma ou mais vezes, por acordo das partes, ou por decisão do tribunal estadual competente, a pedido de uma das partes ou dos árbitros;

- a menos que a partes tenham acordado em contrário, os árbitros podem, eles próprios, prorrogar o sobredito prazo, mesmo que já tenham ocorrido prorrogações por acordo das partes, no caso de se verificar uma das causas justificativas enumeradas no n.º 3 deste artigo (realização de diligências probatórias, pronúncia de sentença interlocutória ou parcial, modificação da composição do tribunal arbitral ou substituição do árbitro único), podendo essa prorrogação ter lugar, por uma única vez, pelo período de cento e oitenta dias;

A impugnação da sentença arbitral

21. Embora o regime de impugnação da sentença arbitral adoptado no Projecto difira, em vários pontos muito relevantes, do que está consagrado nos artigos 27.º a 29.º da actual LAV, só alguns deles poderão ser aqui abordados.

22. Neste capítulo merece ser referido, em primeiro lugar, o facto de a impugnação da sentença tendente a obter a sua anulação pelos tribunais estaduais competentes – o que no Projecto se tornou claro ser possível não só em relação a sentenças que, no final do processo, decidam sobre a totalidade do pedido ou pedidos formulados pelas partes, mas também relativamente a “sentenças parciais”, isto é, aquelas que, a meio do processo, conheçam de parte desses pedidos (conforme o previsto no art. 42.º, n.º 2, do Projecto)⁷² – passar a ser, em princípio, o único meio pelo qual a parte que haja decaído na instância arbitral pode reagir contra a sentença proferida sobre o fundo da causa.

Com efeito, a irrecorribilidade da sentença passou a ser a regra, mesmo em matéria de arbitragens domésticas, a menos que as partes hajam estipulado expressamente na convenção de arbitragem a possibilidade de dela se recorrer⁷³, o que nunca será possível se a causa tiver sido julgado segundo a equidade ou mediante “composição amigável”⁷⁴. A regra supletiva estabelecida sobre a recorribilidade das sentenças proferidas em arbitragens domésticas passa, portanto, a ser a inversa da que consta do art. 29.º, n.º 1, da actual LAV.

– o prazo para a pronúncia da sentença não corre durante a suspensão do processo arbitral; uma vez reatado o processo, o prazo residual terá, em qualquer caso, a duração mínima de 90 dias.

⁷² Sobre o conceito de “sentença parcial”, v. António Sampaio Caramelo – “Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral; Possível Natureza e Objecto – Intervenções no II Congresso do Centro de Arbitragem da CCIP/ACL – 2009- Lisboa -, p. 173-215.

⁷³ Adoptando-se a solução consagrada na grande maioria nas leis estrangeiras sobre arbitragem voluntária.

⁷⁴ V. o que se disse na nota 55 sobre a irrecorribilidade da sentença proferida em “composição amigável”.

23. Em segundo lugar, é de realçar o facto de a impugnação da sentença arbitral visando obter a sua anulação deixar de se processar através de uma acção declarativa (constitutiva) que toma a forma de processo comum e cuja decisão final é passível de recurso nos termos normais, como acontece na actual LAV (art. 28.º, n.º 1)⁷⁵, para passar a constituir um recurso que, embora seja tramitado como se de uma apelação se tratasse, não tem os efeitos desta, nomeadamente os de fazer com que o tribunal *ad quem* conheça do objecto do litígio sobre o qual decidiu a sentença anulada (v. art. 715.º, n.º 1, do C.P.C.).

Relativamente a este recurso⁷⁶, dispõe-se claramente no Projecto (art. 46.º, n.º 9) que a decisão do tribunal *ad quem* que dê provimento à impugnação da sentença arbitral, anulando-a, tem efeitos meramente cassatórios (tal como acontece com a acção de anulação regulada na LAV actual⁷⁷).

Como é óbvio, a alteração da configuração jurídico-processual da impugnação da sentença arbitral tendente a conseguir a sua anulação, transformando-a num recurso interposto para um tribunal de 2ª instância, do qual só em casos muito contados (de acordo com as regras processuais aplicáveis a estes recursos) é possível recorrer para o tribunal cimeiro da respectiva organização (para o STJ, quando a impugnação for interposta para o Tribunal da Relação; para o STA, quando a mesma for interposta para o Tribunal Central Administrativo), à semelhança do que se preconiza na Lei Modelo da UNCITRAL e acontece na maioria das leis arbitrais aprovadas nas últimas três décadas, visou tornar muito mais célere o controlo das sentenças arbitrais pelos tribunais do Estado,

⁷⁵ V. Paula Costa Silva – Anulação e Recursos da Decisão Arbitral – Revista da Ordem dos Advogados – Ano 52, T. III (Dezembro 1992), pp. 950-956.

⁷⁶ V. Pode discutir-se se a impugnação da sentença arbitral, visando obter a sua anulação, tem a natureza de um verdadeiro recurso; se resposta a esta questão for afirmativa, deve ser qualificada como um recurso rescindente, não substitutivo. Sobre estes conceitos, v. Armindo Ribeiro Mendes – Recursos em Processo Civil – Reforma de 2007 – Coimbra Editora – 2009, pp. 39 e 52.

⁷⁷ V. Paula Costa e Silva – Os Meios de Impugnação de Decisões Proferidas em Arbitragem Voluntária no Direito Interno Português – Revista da Ordem dos Advogados – Ano 56, T. I (Janeiro 1996), p. 187.

reduzindo-se assim a duração da incerteza que passa a afectar aquelas quando sejam objecto de impugnação.

Esta solução favorecedora da "definitividade" (*finality*) das sentenças arbitrais constitui, a par da consagração do princípio da sua irrecorribilidade, um factor de fomento da arbitragem como método jurisdicional de resolução de litígios.

24. À semelhança do que sucede na generalidade das leis estrangeiras sobre arbitragem voluntária, os fundamentos com base nos quais pode ser apresentado perante o tribunal estadual competente um pedido de impugnação de sentença arbitral, são enumerados no Projecto de forma taxativa (v. art. 46.º, n.º 3, do Projecto: "A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se ...").

Na elaboração da lista taxativa de fundamentos de possível anulação da sentença arbitral, ao elenco constante do art. 34 (2) da Lei Modelo da UNCITRAL aditou-se o fundamento constante da alínea e) do n.º 1 do art. 27.º da actual LAV (que tivera a sua origem na alínea c) do art. 190.º da LDIP Suíça), por se considerar que tal fundamento, não especificamente previsto por aquela Lei Modelo, devia ser mantido como causa de anulação da sentença arbitral. Com efeito, ao dever de os árbitros decidirem sobre o fundo da causa, cumprindo exactamente a missão que lhes foi confiada – não decidindo nem *aquem* nem *além* dos pedidos formulados pelas partes – deve corresponder um fundamento de anulação pelos tribunais estaduais da sentença arbitral que incumpra tal dever.

A favor da autonomização no Projecto desta causa de anulação da sentença arbitral, acresce ainda o facto de a disposição da alínea e) do n.º 1 do art. 27.º da actual LAV ter vindo a ser interpretada em termos muito comedidos e razoáveis pelos tribunais portugueses, dando origem a uma jurisprudência firme e de contornos bastante precisos, que seria inconveniente desperdiçar.

25. Nas sucessivas versões que o Projecto conheceu até à que resultou da apreciação e votação final pela sua "Comissão Revisora", a alínea b) do n.º 2 do seu art. 46.º incluía, como causa de anulação de sentença arbitral do que o tribunal estadual deveria lançar mão, ainda que não fosse invocada pela parte impugnante, o facto de a sentença arbitral contrariar a "ordem pública".

É sabido que entre os conceitos de "ordem pública interna" e "ordem pública internacional" existe uma relação que pode representar-se através de dois círculos concêntricos, em que o círculo exterior, mais amplo, corresponde à ordem pública interna, e o círculo interior, mais restrito, corresponde à ordem pública internacional, o que equivale a dizer que esta última abrange apenas alguns dos princípios ou normas jurídicas que integram a primeira, mais precisamente, aquelas de cuja defesa um ordenamento jurídico não abdica ou cuja violação não pode tolerar, mesmo quando se trate de uma solução plurilocalizada (*i.e.*, conexa com vários ordenamentos jurídicos) e, por isso, possa ser estrangeiro o direito chamado a regê-la. Entende também a generalidade dos autores que na chamada "ordem pública internacional" devem considerar-se incluídos as normas e princípios constitucionais⁷⁸.

Para o autor do presente texto, a "ordem pública" referida na alínea b) do n.º 2 do seu art. 46.º Projecto (até à penúltima versão que este teve) correspondia à chamada "ordem pública interna", por oposição à "ordem pública internacional" que, por seu turno era referida a respeito da anulação da sentença proferida em arbitragens internacionais (art. 54.º) e também em relação ao reconhecimento em Portugal de sentenças arbitrais proferidas em território estrangeiro (v. art. 52.º, n.º 1, b), (ii)⁷⁹.

⁷⁸ Tanto a "ordem pública interna" como a "ordem pública internacional" são próprios de um dado ordenamento jurídico. Nisto se distinguem de outro conceito, o de "ordem pública transnacional" ou "ordem pública verdadeiramente internacional", proposto por alguns autores para designar o conjunto de princípios universais estabelecidos em vários domínios do direito e das relações internacionais, para servir os interesses superiores da comunidade mundial e os interesses comuns da humanidade, situados acima e por vezes contra os interesses das nações individualmente consideradas. V. sobre este conceito, Pierre Lalive – "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international" – *Révue de l'Arbitrage* – 1986, p. 329-374; Jean-Baptiste Racine – "L'Arbitrage Commercial International et l'Ordre Public" – 1999 – L.G.P.J., pp. 353-435; segundo este último autor, incluir-se-iam neste conceito a proibição da corrupção, a protecção dos direitos do homem, a proibição dos tráficos de estupefacientes, de seres e órgãos humanos e do tráfico ilícito de armas, bem como a protecção do ambiente natural e cultural (*ob. cit.*, pp. 393-418).

⁷⁹ Sendo de notar, porém, que a intervenção da "ordem pública internacional" tem, em sede de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, um alcance mais restrito do que em sede de anulação de sentenças arbitrais proferidas em arbitragens internacionais, uma vez que, enquanto na anulação da sentença arbitral releva o facto de a presen-

Tal preceito, que constituía o art. 46.º, n.º 3, b), (ii) do Projecto, veio, no entanto, a desaparecer da versão final deste documento, porque a maioria dos membros da Direcção da A.P.A. entendeu que assim deveria ser.

Para o autor do presente artigo essa decisão foi desacertada, tendo como consequência que a nova lei de arbitragem portuguesa que viesse a resultar da aprovação do Projecto tal como este veio a público, seria, no plano do direito comparado, uma das raras leis de arbitragem que não prevêem que a sentença arbitral (em arbitragens domésticas) seja anulada quando viola a "ordem pública interna".

Importa sublinhar que a circunstância de o art. 27.º da actual LAV não incluir a infracção da ordem pública entre os fundamentos da anulação da sentença arbitral nele enumerados, não impediu que a generalidade dos autores portugueses que sobre esta matéria se pronunciaram, tivessem vindo a defender que naquela disposição legal existe, quanto a este ponto, uma lacuna que deve ser integrada de acordo com as regras aplicáveis para este efeito⁸⁰. Idêntico entendimento foi adoptado pelo Supremo Tribunal de Justiça num importantíssimo Acórdão datado 10 de Julho de 2008 (proferido no *Proc. N.º 08ª1698*)⁸¹.

são (ou meio de defesa) a que aquela deu provimento ofender os princípios ou normas que ordem pública internacional do Estado Português, já em sede de reconhecimento de sentença arbitrais estrangeiras, a ordem pública internacional do Estado Português só constitui uma barreira ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira "se conduzir a um resultado incompatível" com os princípios fundamentais que integram tal conceito (v. art 57.º, n.º 1, b), (ii) do Projecto, em homologia com o art. 1096, f) do CPC).

⁸⁰ António Marques dos Santos – Nota sobre a Nova Lei Portuguesa relativa à Arbitragem Voluntária – *Revista de la Corte Española de Arbitraje* – Vol. IV, pp. 22 e 45; Paula Costa e Silva – Anulação e Recursos da Decisão Arbitral – *Revista da Ordem dos Advogados* – ano 52, T. III (Dezembro 1992), pp. 944-945; José Lebre de Freitas – Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais – Coimbra Editora – 2006, p. 74 e nota 77; Luís de Lima Pinheiro – Aparentamento sobre a Impugnação da Decisão Arbitral – *Revista da Ordem dos Advogados* – ano 67, T. III (Dezembro 2007), pp. 1031-1034; v. no mesmo sentido, o estudo de Assunção Cristas e Mariana França Gouveia – "A violação da ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais", em anotação ao Acórdão do STJ, 10 de Julho de 2008 – ainda inédito a publicar em "Cadernos de Direito Privado".

⁸¹ V. <http://www.dgsi.pt/stj.nsf/954f0c6ad9dd8b980256b5f003fa814/>

Os referidos autores divergem, porém, quanto ao conteúdo a atribuir ao conceito da "ordem pública" para que constitua causa de anulação da sentença arbitral. Enquanto para uns, o que deve constituir causa de anulação das sentenças arbitrais proferidas em arbitragens domésticas é a violação da "ordem pública interna" (ou de direito material)⁸², para outros autores, a integração da lacuna que entendem existir no art. 27.º da actual LAV deve ser feita mediante a consideração do lugar paralelo do art. 1096.º, f) do C.P.C., donde concluem que a "ordem pública" cuja violação relevaria para o efeito do disposto no art. 27.º da LAV é a ordem pública internacional (ou do direito internacional privado) do Estado Português⁸³.

Não é fácil definir, com precisão, o significado do conceito de "ordem pública" (interna) usado em diversos preceitos do Código Civil (arts. 280.º, n.º 2, 281.º, 465.º, 962.º, 2186.º e 2245.º, entre outros), embora seja generalizadamente entendido que ele não coincide com o campo dos princípios e normas imperativas, abrangendo só algumas destas, que são as que na nossa ordem jurídica se revestem de maior intensidade valorativa.

Talvez a mais conseguida tentativa de definição deste conceito seja a que foi proposta por João Baptista Machado, segundo o qual "podem qualificar-se como *ordem pública* (ordem pública interna) aquelas normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, sobre elas se alicerçando a ordem económica e social, pelo que são interrogáveis pela vontade dos indivíduos. Seriam, assim, de ordem pública, entre outras, aquelas normas que estabelecem a regras fundamentais da organização económica, as que visam garantir a segurança do comércio jurídico e proteger terceiros, as que tutelam a integridade dos indivíduos e a independência da pessoa humana e protegem os fracos e incapazes, as que respeitam à organização da família e ao estado das pessoas, visando satisfazer um interesse geral da colectividade, etc."⁸⁴

⁸² V. Paula Costa e Silva – *ob. cit.*, p. 944; António Marques dos Santos – *ob. cit.*, p.45; Assunção Cristas e Mariana França Gouveia – *ob. cit.*

⁸³ José Lebre de Freitas – *ob. cit.*; Luís de Lima Pinheiro – *ob. cit.*

⁸⁴ V. Lições de Direito Internacional Privado – 1974 – Atlântida, p. 254. Muito semelhante a esta é a definição proposta por Carlos da Mota Pinto – Teoria Geral do

Definições semelhantes podem encontrar-se nas obras de autores franceses, belgas, suíços e alemães. Por exemplo, segundo Pierre Mayer, a "ordem pública" (interna) é constituída pelas regras e princípios fundamentais sobre os quais repousa a sociedade, sejam elas de natureza moral, política, social ou económica e que, por serem necessários à salvaguarda dos interesses da sociedade, os particulares não podem derogar nos seus contratos⁸⁵. Também este autor salienta que a ordem pública (interna), caracterizada pela primordial importância e reforçada injuntividade dos princípios e normas que a integram, tem um âmbito mais restrito do que o conjunto das meras normas imperativas⁸⁶.

Direito Civil – 1992 – Coimbra Editora, p. 551, e muito próximo dela situam-se as conclusões a que chegam outros autores como José de Oliveira Ascensão (Teoria Geral do Direito Civil – vol. II – 1999 – Coimbra Editora, p. 281) e António Menezes Cordeiro (Tratado de Direito Civil Português – vol. 1, 3ª ed. – 2005 – Almedina, pp. 710-712), ao tentarem identificar o conteúdo deste conceito, sendo de notar que, para estes autores, a ordem pública é integrada por princípios (construídos pela Ciência Jurídica), mais do que por normas legisladas; v. também as considerações feitas sobre este tema por Assunção Cristas e Mariana França Gouveia – *ob. cit.*

⁸⁵ Pierre Mayer – La sentence contraire à l'ordre public au fond – Revue de l'Arbitrage – 1994, p. 617-618; v. ainda Bernard Hanotiau et Olivier Caprasse – Arbitrability, Due Process and Public Policy under article V of the New York Convention – Journal of International Arbitration – 25 (6) – December 2008, p. 730, e os demais autores citados neste estudo. V., sobre o conteúdo que à "ordem pública" é atribuído pela doutrina e pelos tribunais alemães, as referências constantes da obra de J. F. Poudret et S. Besson – *ob. cit.*, p. 762.

⁸⁶ Segundo os autores estrangeiros citados no texto [v., entre outros, Jean-Baptiste Racine – *ob. cit.*, pp. 488-517; Pierre Mayer – *ob. cit.*, pp. 631-632; Bernard Hanotiau et Olivier Caprasse – *ob. cit.*, pp. 731; Karl-Heinz Böckstigel – Public policy as a limit to arbitration and its enforcement – Dispute Resolution International – Vol. 2, No. 1 (May 2008), pp. 129-131] e os autores portugueses que sobre este tema se têm pronunciado (v. entre outros, Menezes Cordeiro – *ob. cit.*, p. 711), os princípios e normas de ordem pública (interna) incluem, além dos que têm assento na Constituição (como a protecção dos direitos do homem, incluindo o direito de propriedade, e a proibição da discriminação em função da religião, do sexo ou da origem étnica), as leis destinadas a proteger interesses fundamentais do Estado respeitantes à sua defesa e segurança (por ex. que proibam a exportação de armas ou de tecnologia utilizável para esse fim), à regulação da economia nacional (leis de defesa da concorrência, de regulação dos mercados e instituições financeiras, dos movimentos de capitais, dos investimentos estrangeiros) ou a outros interesses vitais do Estado (como as leis de combate ao tráfico de seres e órgãos

A referida doutrina estrangeira distingue claramente, tal como faz a doutrina portuguesa, entre a ordem pública doméstica e a ordem pública internacional (uma e outra integrantes de um dado ordenamento jurídico), salientando ser o âmbito desta mais restrito do que o daquela, dado serem diferentes os objectivos prosseguidos nas relações domésticas e nas relações internacionais. Com efeito, só quando uma sentença arbitral proferida numa arbitragem internacional viole princípios que, na ordem jurídica em que se pretenda fazer valer tal sentença, são considerados como reflectindo as suas convicções fundamentais ou como tendo um

humanos, ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, de combate à corrupção e ao branqueamento de capitais, as leis fiscais, as leis relativas à entrada e permanência de estrangeiros, as leis de protecção do ambiente natural e cultural) ou as que visem proteger os superiores interesses da comunidade internacional (por ex., o cumprimento de embargos aprovados pelo Conselho de Segurança da Nações Unidas), certos princípios fundamentais que enformam o ordenamento jurídico (o princípio *pacta sunt servanda*, a proibição do abuso de direito, o princípio da boa fé, o princípio *fraus omnia corrumpit*, a proibição das vinculações perpétuas, a proibição da condenação em indemnizações punitivas em matéria cível, as normas legais destinadas a proteger os contratantes mais fracos, como os trabalhadores, os consumidores e os inquilinos) ou que tutelam interesses de primordial importância para o tráfico jurídico (como as que exigem a forma autêntica para validade de certos negócios jurídicos, as que tutelam a confiança na veracidade dos factos constantes de registos públicos bem como a prioridade dos direitos neles inscritos, grande parte do regime dos procedimentos falimentares), os requisitos fundamentais que todos os processos jurisdicionais devem cumprir (independência e imparcialidade do julgador e observância dos princípios fundamentais consagrados no art. 30.º, n.º 1. do Projecto) e que integram a chamada "ordem pública processual", além de outros princípios ou normas que, pela reforçada imperatividade de que se revestem, devem considerar-se incluídos nesse conceito. Os tribunais portugueses têm qualificado como contrários à ordem pública, nomeadamente, os negócios que contrariem os salários mínimos, que visem defraudar procedimentos cautelares decididos pelo tribunal, que contrariem o regime vinculístico do arrendamento, que iludam direitos sucessórios ou que constituam garantias sem limite de tempo e em dimensão indeterminável. É de notar, por um lado, que boa parte dos princípios e normas acima referidos integram simultaneamente a ordem pública interna e a ordem pública internacional e, por outro lado, que o conteúdo da ordem pública é mutável com o tempo, pelo que o juiz deve ter em conta a ordem pública no seu estado actual (princípio da *actualidade* da ordem pública). Sobre o conteúdo do conceito de "ordem pública internacional"; v. também a "Resolution of the ILA on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards", adoptada pela *International Law Association* na sua 70ª Conferência realizada em New Delhi, Índia, em 2-6 Abril de 2002.

valor absoluto ou universal, é que se deve concluir que ela contraria a "ordem pública internacional" desse Estado⁸⁷.

Congruentemente com esta distinção, na esmagadora maioria das legislações estrangeiras sobre arbitragem, a ordem pública (interna) é expressamente prevista como causa da possível anulação de sentenças arbitrais proferidas em arbitragens domésticas, enquanto que a ordem pública internacional, de âmbito mais restrito, constitui fundamento de anulação de sentenças proferidas em arbitragens internacionais⁸⁸.

Eram soluções plasmadas de acordo com este entendimento que estavam consagradas na versão inicial do Projecto e nas sucessivas versões que ele conheceu até à sua versão final⁸⁹. Só na última versão deste documento⁹⁰ é que a ordem pública (interna) deixou de constituir causa de anulação da sentenças proferidas em arbitragens domésticas, embora a infracção à ordem pública internacional continuasse a constituir uma causa de anulação de sentenças proferidas em arbitragens internacionais.

É manifesta a incongruência do regime que, nesta matéria, ficou consagrado no Projecto: enquanto uma sentença proferida em arbitragem internacional pode ser anulada se ofender princípios considerados como fundamentais pela ordem jurídica portuguesa, por serem inspirados pelos superiores interesses da comunidade e serem, por isso mesmo, absoluta-

⁸⁷ Bernard Hanotiau et Olivier Caprasse – *ob. cit.*, p. 730.

⁸⁸ É o que acontece não só nas muito numerosas leis que, baseando-se na Lei Modelo da UNCITRAL, foram desenhadas para se aplicarem tanto às arbitragens domésticas como às internacionais, tais como, entre muitas outras, as lei alemã de 1998 e a lei espanhola de 2003, mas também leis mais recentes que não seguiram aquele modelo, como a que, em 2006, reformou o regime italiano das arbitragens internas e internacionais.

⁸⁹ Esse fundamento de impugnação e de anulação da sentença proferida em arbitragem interna estava previsto no art. 46, n.º 3, b), (ii) do Projecto e constituía, tal como a insusceptibilidade de o objecto do litígio ser decidido por árbitros, um fundamento de anulação da sentença de que o tribunal estadual competente deveria conhecer oficiosamente, de acordo com o que fora preconizado na Lei Modelo da UNCITRAL e veio a ser acolhido nas numerosíssimas leis que naquela se basearam. Relativamente às arbitragens internacionais, o art. 54.º do Projecto dispunha que o que relevaria como causa de possível anulação da sentença seria a ofensa dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português, o que foi mantido na versão final do Projecto, dando embora azo à incongruência referida no texto.

⁹⁰ Resultante de votação realizada no seio da Direcção da A.P.A. em que o autor do presente texto ficou vencido quanto a este ponto.

mente inderrogáveis, uma sentença proferida em arbitragem doméstica que viole esses mesmos princípios não pode ser impugnada e anulada! Podem até os princípios e valores violados por uma tal sentença ter consagração na Constituição, que nem mesmo então poderá essa sentença ser impugnada perante o tribunal estadual competente e por este ser anulada⁹¹.

A solução que prevaleceu na versão final do Projecto é tanto mais merecedora de crítica, quanto é certo que, em virtude da substituição do critério de disponibilidade do direito pelo da patrimonialidade do interesse, o âmbito dos litígios que podem ser dirimidos por arbitragem, resultou muito significativamente ampliado. Ora, muitos são os autores com vasta e valiosa obra publicada sobre a problemática da arbitragem, que põem em realce a correlação que deve existir entre o alargamento do campo da arbitrabilidade dos litígios e o reforço da necessidade de um controlo estadual sobre o conteúdo da sentença final proferida pelos árbitros, particularmente no que toca à sua conformidade com os princípios fundamentais que os Estados não podem tolerar que sejam derogados pelas partes e, conseqüentemente, também não podem permitir que sejam preteridos pelos árbitros⁹².

Essa correlação é particularmente nítida no que concerne à possibilidade de conhecimento por árbitros de questões que suscitem a aplicação de legislações sobre defesa da concorrência. Durante muito tempo negou-se, tanto no âmbito da União Europeia como nos EUA, que os litígios em que estivesse em causa a aplicação de normas e princípios que integram os regimes de defesa da concorrência pudessem ser submetidos a arbitragem. A partir do acórdão proferido pelo Supremo Tri-

⁹¹ Embora, neste último caso, possa interpor-se recurso da sentença arbitral para o Tribunal Constitucional, caso se considere (como defende a melhor doutrina) que tal recurso é sempre possível, mesmo quando se tenha estabelecido que a sentença arbitral não é passível de recurso.

⁹² V., entre outros, Jean-Baptiste Racine – *ob. cit.*, p. 553; Olivier Caprasse – *Les Sociétés et l'Arbitrage – 2002 -Bruylant*, p. 110; Bernard Hanotiau et Olivier Caprasse – *ob. cit.*, p. 738, que citam no mesmo sentido autores tão eminentes na doutrina da arbitragem, como Berthold Goldman, Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Eric Loquin, Thomas Carboneau e William Park; v., no mesmo sentido, na doutrina portuguesa, o estudo de Assunção Cristas e Mariana França Gouveia – *ob. cit.*

bunal Federal americano no caso *Mitsubishi* (1985), passou a aceitar-se a arbitrabilidade desses litígios, salientando-se, porém, que a adopção desse entendimento pressupõe que os tribunais estaduais, em sede de decisão sobre a possível anulação ou sobre execução coerciva da sentença arbitral, pudessem verificar se aqueles princípios e normas pacificamente reconhecidos como fazendo parte da "ordem pública" (*public policy*) desses ordenamentos jurídicos, foram devidamente tidos em consideração pelos árbitros⁹³.

Evolução idêntica ocorreu no espaço da União Europeia. Depois de, durante muitos anos, se ter defendido que os tribunais arbitrais só a título incidental poderiam pronunciar-se sobre a aplicação das normas ou princípios do direito europeu da concorrência, passou a entender-se, a partir dos últimos anos do século passado⁹⁴, que os tribunais arbitrais poderiam conhecer, mesmo a título principal, da interpretação e aplicação de tais princípios e normas. Mas o Tribunal de Justiça da EU deixou bem claro (no acórdão proferido no caso *Eco Swiss v. Benetton*) que normas como a do art. 81.º do Tratado, sendo indispensáveis para o cumprimento das missões confiadas à Comunidade e, em particular, para o funcionamento mercado interno, devem ser consideradas como disposições de ordem pública. Consequentemente, segundo o Tribunal de Justiça, o direito comunitário exige que as questões atinentes à interpretação e aplicação de tais normas possam ser examinadas pelo órgão jurisdicional nacional chamado a conhecer de um pedido de anulação de uma decisão arbitral e que este órgão jurisdicional deve deferir tal pedido quando entenda que essa decisão é efectivamente contrária ao artigo 81.º do Tratado da EU⁹⁵ (ou, é lógico concluir, a outras normas do direito comunitário dotadas de idêntica imperatividade).

Ora, se as normas que compõem o direito comunitário da concorrência integram a ordem pública (interna e internacional) dos ordena-

⁹³ V. P. Green, P. Julian and J. Bédard – Arbitrability of Antitrust Claims in the United States – *European Business Law Review* – Volume 19, Issue 1, 2008, pp. 43-55.

⁹⁴ O marco fundamental nesta evolução é constituído pelo acórdão proferido, em 1999, pelo Tribunal de Justiça da EU, no caso *Eco Swiss v. Benetton* [Case C-126/97, (1999) ECR-I 3055].

⁹⁵ V. sobre vários aspectos desta temática, os artigos de diversos autores publicados na *European Business Law Review*, Volume 19, Issue 1, 2008.

mentos jurídicos dos Estados membros da União e se é isento de dúvida que questões relativas à aplicação de tais normas podem suscitar-se em arbitragens de âmbito doméstico (*i.e.*, que não ponham em jogo interesses do comércio internacional, segundo a definição contida no art. 49.º do Projecto)⁹⁶, parece evidente que os tribunais estaduais devem ter o poder de controlar o conteúdo das sentenças proferidas nessas arbitragens e, conseqüentemente, de as anular, se verificarem que aquelas normas não foram devidamente tida em conta pelos árbitros.

É de notar que, para os autores que defendem a necessidade de os tribunais estaduais verificarem, em sede de acção ou recurso visando a anulação da sentença arbitral, se o conteúdo desta contraria ou não os princípios e normas que integram a ordem pública, tal verificação não pode incidir apenas sobre a parte dispositiva da sentença, devendo também entender-se à sua fundamentação⁹⁷. Por outro lado, como salienta a melhor doutrina, o que cumpre verificar em sede de anulação de sentença arbitral com este fundamento não é se o resultado da execução desta contraria a ordem pública⁹⁸, mas antes se os princípios e normas que integram a ordem pública são ofendidos pela pretensão ou meio de defesa (*legal claim* ou *defense*) a que a sentença deu provimento⁹⁹.

A solução que veio a prevalecer na versão final do Projecto, de não incluir a violação da ordem pública entre os fundamentos de anulação de sentença proferida em arbitragem doméstica, além de colidir com a opinião amplamente dominante na doutrina e de divergir do que se acha consagrado na grande maioria das leis estrangeiras sobre arbitragem voluntária, permite que, na prática, sejam ignorados ou infringidos princípios ou normas que se revestem de especial imperatividade, atendendo à primazia e essencialidade dos valores e interesses que tutelam.

Quando confrontada com a conjuntura económica e social que atravessamos, em que os Estados têm sido forçados a aprovar leis justifica-

⁹⁶ Como é sabido, uma transacção entre empresas portuguesas pode determinar a aplicação do direito comunitário da concorrência.

⁹⁷ V., entre outros, Bernard Hanotiau et Olivier Caprasse – *ob. cit.*, p. 739-740.

⁹⁸ Como sucede em sede de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, de acordo com o art. 57.º, n.º 1, b), (ii), do Projecto (em homologia com o art. 1096, f), do CPC).

⁹⁹ V. Gary Born – *ob. cit.* – vol. II, pp. 2623-2624, bem como os autores aí citados.

damente qualificáveis como de "salvação pública", destinadas a corrigir ou impedir a repetição de actuações muitíssimo nocivas desenvolvidas no exercício da idolatrada autonomia privada, relativamente às quais é absolutamente intolerável que possam ser violadas ou ignoradas seja por quem for (quer pelos agentes económicos quer pelos árbitros que decidam questões a que essas leis sejam aplicáveis)¹⁰⁰, a referida solução consagrada na versão final do Projecto ainda mais criticável se torna.

Num mundo ideal, talvez se pudesse confiar em que os árbitros não deixassem nunca de impor a observância das supramencionadas normas ou princípios de ordem pública. Na prática, contudo, é legítimo duvidar que isso aconteça sempre. Não só podem os árbitros, por mero desconhecimento ou desatenção, omitir a aplicação da tais princípios ou normas, como também não se pode excluir que, por razões menos desculpáveis, como o receio de desagradar às partes, o desacordo quanto ao conteúdo desses princípios ou normas, o intuito não sobrecarregarem a sua tarefa ou até a conivência com o propósito das partes de se subtraírem ao alcance de normas ou princípios tidas como contrárias aos seus interesses, eles permitam conscientemente que, através da sentença que proferirem, sejam postergado ou violados princípios ou normas de crucial importância e inquestionável inderrogabilidade, sem que contra isso fique a existir remédio eficaz¹⁰¹.

Nem se diga que a admissão do controlo das sentenças proferidas em arbitragens domésticas, sob o ponto de vista da sua conformidade com a ordem pública, abre a porta à revisão do mérito de tais sentenças pelos tribunais estaduais, com fundamento em violação de quaisquer nor-

¹⁰⁰ Convém citar, a este propósito, a pergunta formulada por Marie-Noëlle Jobard Bachelier et François-Xavier Train (commentaire de jurisprudence in *Journal de Droit International*, N.º 2, 2009, p. 617), a respeito de um problema vizinho do aqui abordado (o do controlo a exercer sobre os pactos de jurisdição, à luz da *loi de police* de origem comunitária): "nos tempos que correm, em que o Estados tentam retomar a mão para salvarem o que ainda pode a ser salvo da economia mundial deixada em má situação por causa de comportamentos individuais desprovidos de controlo sério, uma simples técnica do direito internacional privado que permite preservar largamente uma parte da sua ordem pública não merecerá ser encorajada?"

¹⁰¹ Chamando a atenção para este perigo, v. Louis Christophe Delanoy – Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions – *Revue de l'Arbitrage* – 2007, n. 2, p. 210.

mas imperativas, uma vez que se pode justificadamente confiar na capacidade dos tribunais do Estado (judiciais ou administrativos, consoante a natureza do litígio decidido pelos árbitros) para identificarem, no universo das normas jurídicas imperativas, aquelas (em número muito mais reduzido) normas ou princípios que integram a ordem pública interna. Nessa tarefa, os juizes socorrer-se-ão dos contributos da doutrina (*i.e.*, da ciência jurídica). De resto, tarefa semelhante tem vindo, desde há muito, a ser realizada pelos tribunais judiciais quando têm tido de identificar o que sejam "os princípios da ordem pública internacional do Estado Português" a que se refere o art. 1096.º, f) do C.P.C., não se notando que tal tarefa tenha sido desempenhada com desacerto ou menor prudência.

A essa objecção há que opor não só o facto de o invocado perigo não ter a dimensão que se alega (visto que seria debelado pela judiciosidade que não faltaria aos tribunais do Estado, quanto tivessem de decidir sobre este fundamento de anulação da sentença arbitral) mas sobretudo o de essa invocação encobrir um perigo bem maior¹⁰². Este perigo é o de, através da decisão de um tribunal arbitral ao qual a lei atribui o exercício de função jurisdicional, se "legalizarem" actuações claramente nocivas para interesses e valores cuja lesão o Estado e a comunidade nacional não podem de nenhum modo tolerar.

Pelo que deixa exposto, entende o autor do presente texto que a supressão da infração da "ordem pública" (interna) como causa de possível anulação de sentenças arbitrais proferidas em arbitragens domésticas, que a Direcção da A.P.A. deliberou fazer na última versão do Projecto da LAV, foi uma opção muito infeliz e desacertada.

26. Na "Exposição de Motivos" que acompanhou a apresentação do Projecto ao Ministro da Justiça e a sua posterior divulgação através do sítio da A.P.A. na Internet, lê-se que "um dos capítulos mais importantes do presente diploma e de cuja boa aplicação seguramente dependerá, em

¹⁰² Como muito justamente observam as Professoras Assunção Cristas e Mariana França Gouveia (*ob. cit.*), "o reconhecimento da ordem pública como causa da anulação de sentenças arbitrais permite distinguir a arbitragem que não tem receio de qualquer controlo, que se sabe aplicadora do Direito. A boa arbitragem para se distinguir daquela que pretende enviesar a aplicação do Direito, deve promover precisamente a existência deste controlo, porque o não receia."

grande medida, o correcto funcionamento do novo regime da arbitragem voluntária, é o que respeita à identificação dos tribunais estaduais competentes para prestarem as diversas formas de apoio ou assistência à arbitragem, bem como a definição do regime processual a que se sujeitará cada uma dessas modalidades de assistência".

Todos concordarão que, se o princípio de autonomia do tribunal arbitral (ou, formulado de outro modo, o princípio do carácter residual da intervenção dos tribunais estaduais nas arbitragens a iniciar ou em curso) é uma regra valiosa que cumpre afirmar e respeitar (e o Projecto afirma-o no seu art. 19.º), não menos importante é que os tribunais estaduais (judiciais e administrativos, consoante a natureza do litígio submetido a arbitragem) prestem aos tribunais arbitrais, não só na fase da sua constituição mas também durante o seu funcionamento, um apoio pronto e esclarecido, assumindo modalidades variadas, sem o qual estes não poderão desempenhar a missão que as partes lhe hajam cometido.

As formas de apoio dos tribunais do Estado às arbitragens, que são indispensáveis para que o tribunal arbitral se constitua e funcione regular e eficazmente, ainda que uma das partes não dê para tanto a colaboração devida (tendo em conta a sua anterior vinculação à convenção de arbitragem) ou para que a decisão final proferida na arbitragem possa alcançar, sem delongas excessivas, a sua plena efectivação, estão elencadas no art. 59.º do Projecto.

É inquestionável que tais formas de apoio são absolutamente necessárias assim como dúvidas não podem existir de que, se elas não forem prestadas em tempo útil, as expectativas que determinaram as partes a optar pela arbitragem serão iludidas, pois que, sem a rápida e esclarecida assistência prestada pelos tribunais do Estado, a falta de colaboração de uma das partes pode impedir o início ou travar a marcha do processo arbitral ou a eficácia da decisão final nele proferida.

As razões que determinaram os redactores do Projecto a concentrar nos tribunais estaduais de 2ª instância (Tribunais das Relações e Tribunais Centrais Administrativos) as formas de apoio enumeradas no n.º 1 do seu art. 59.º, estão suficientemente explicadas na "Exposição de Motivos" que acompanhou o Projecto bem como nas Notas Justificativas de cada uma das suas disposições, pelo que se podem dispensar aqui comentários adicionais.

Para além das matérias referidas no n.º 1 do art. 59.º do Projecto, os tribunais estaduais serão também chamados a prestar aos tribunais arbitrais apoio em matéria de providências cautelares e de produção de prova relacionada com a arbitragem em curso. Atendendo à natureza desta forma de assistência, é evidente que só os tribunais estaduais de primeira instância as poderiam prestar (e assim se preceituou no n.º 4 do art. 59.º). Não se previram aqui, nem seria curial que tal se fizesse, regras especiais dirigidas a conferir especial celeridade a estas formas de apoio dos tribunais estaduais à arbitragem. Quanto à disponibilização pelos tribunais do Estado dos seus poderes coercitivos para assegurarem plena efectividade aos procedimentos cautelares decretados pelos tribunais arbitrais, sendo tais processos, em qualquer caso, qualificados pela lei processual como urgentes, não faria sentido conferir-se à prestação desta modalidade de assistência a arbitragens curso um estatuto de "super-urgência" que nenhuma razão ponderosa justificaria e que ademais poderia ser vista como atributiva de maior relevância à jurisdição exercida pelos tribunais arbitrais do que a que incumbe aos tribunais estaduais.

No que concerne à colaboração dos tribunais estaduais aos tribunais arbitrais em matéria de produção da prova, ainda menos se justificaria conferir-se aos segundos um estatuto privilegiado que determinasse que as diligências probatórias respeitantes a arbitragens em curso fossem agendadas com prioridade sobre as respeitantes aos processos que aos tribunais estaduais cabe julgar. Não só porque também isso poderia ser entendido como uma menorização da administração da justiça que compete aos tribunais estaduais em face da justiça arbitral, mas também porque a prova respeitante aos processos que correm perante os tribunais arbitrais deve, na máxima medida possível, ser produzida perante estes. Nos casos em que as partes ou os árbitros entendam ser conveniente requerer a colaboração do tribunal arbitral, o tempo normal em que estes poderão prestá-la deverá ser por eles tomada em linha de conta, de modo a que possam sopesar as vantagens e inconvenientes de pedirem para esse efeito a colaboração dos tribunais estaduais ou, em alternativa, de a dispensarem, fazendo com que a convicção dos árbitros sobre a factualidade controvertida se forme por outra via, nomeadamente, mediante a aplicação das regras sobre o ónus da prova ou o recurso a inferências negativas que possam extrair-se de falta de colaboração de uma das partes quanto a meios de prova pertencente à sua esfera de controlo.

Ao que fica dito poderia acrescentar-se que a qualificação como "urgentes" de um número excessivo de procedimentos conduziria muito provavelmente à banalização dessa qualificação e, portanto, à anulação do seu efeito prático no andamento dos processos.

Armindo Ribeiro Mendes

Advogado

Antigo Juiz do Tribunal Constitucional

As medidas cautelares e o processo arbitral

(Algumas notas)

I - Introdução

1. A problemática das medidas provisórias e cautelares no processo arbitral foi durante décadas resolvida, em Portugal e no comum dos países do nosso círculo cultural, de uma forma simples e incontestada, traduzida na afirmação de que só os tribunais estaduais podiam conceder tutela cautelar em relação aos litígios submetidos a arbitragem. Ainda hoje se encontra amiúde na jurisprudência portuguesa o entendimento de que os tribunais arbitrais não têm competência para decretar providências cautelares.

Em anos mais recentes, sobretudo a partir da década de oitenta do passado século, este dogma começou a ser posto em causa na doutrina, a qual passou a valorar algumas soluções experimentadas na prática e consagradas nos regulamentos de instituições que organizam arbitragens internacionais, tendentes a admitir, de forma mais ou menos restrita, a possibilidade de os tribunais arbitrais decretarem medidas de natureza provisória ou cautelar. Em 1985, a CNUDCI/UNCITRAL incluiu na Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional o célebre art. 17.º, onde se prevê a possibilidade de os árbitros decretarem medidas de natureza cautelar na linha do consagrado no art. 26.º do Regulamento de 1976/CNUDCI para arbitragens internacionais *ad hoc*. Esta evolução foi por mim descrita numa comunicação que apresentei sobre o tema de "Medidas Provisórias e Providências Cautelares" no Seminário de

Lisboa de Arbitragem Comercial realizado, em 1995, pelas Associações Comerciais de Lisboa e Porto.¹

Os resultados da investigação que então levei a cabo constituem o ponto de partida do estudo agora elaborado. Procurei, por isso, indagar como evoluiu nos treze últimos anos o tratamento da questão na doutrina e na jurisprudência respeitantes à arbitragem voluntária.

O âmbito desta investigação situa-se no Direito português, muito embora não seja possível deixar de aludir a outros direitos internos, instrumentos internacionais e a soluções constantes de regulamentos de instituições estrangeiras ou internacionais que administram processos arbitrais.

2. As medidas provisórias ou cautelares que podem ser decretadas antes de ser constituído um tribunal arbitral para julgar certo litígio ou, então, após a constituição desse tribunal, na pendência do respectivo processo arbitral, supõem que esteja resolvida uma questão de competência relativamente à entidade que pode decretar tais medidas.

Pode dizer-se sem risco de contradição que a solução clássica em direito comparado apontava para a competência exclusiva dos tribunais estaduais para decretar medidas cautelares ou provisórias (*interim measures; provisional and protective measures; mesures provisoires ou conservatoires*).

Tratando-se de processos instrumentais, considerava-se – em muitos países de tradição romano-germânica ou continental – que não era relevante a natureza do processo principal, o qual podia ser um processo arbitral ou um processo que decorria perante os tribunais estaduais.

O desenvolvimento da arbitragem voluntária colocou aos tribunais estaduais, um pouco por toda a parte, a questão de saber se uma das partes vinculadas por uma convenção de arbitragem podia livremente recorrer aos tribunais estaduais para obter uma medida cautelar, sem que tal comportamento acarretasse implicitamente uma renúncia à solução arbitral de que a outra parte se pudesse prevalecer para se considerar desvinculada dessa convenção.

¹ O texto é uma comunicação ainda inédita apresentada em versão policopiada inserida em *Centro de Arbitragem Comercial, Seminário de Lisboa sobre Arbitragem Comercial*, (4 e 5 de Maio de 1995).

De um modo geral, a jurisprudência fixou-se no sentido de considerar que tal recurso à tutela cautelar não punha em causa a subsistência da convenção da arbitragem.

Tal solução foi depois consagrada em vários tratados internacionais sobre arbitragem.

Por exemplo, na Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada em Genebra em 21 de Abril de 1961 e de que Portugal não é parte, o Artigo VI sobre a competência judiciária estatui no seu n.º 4:

“O pedido de medidas provisórias ou conservatórias dirigido a uma autoridade judiciária não deve ser considerado incompatível com a convenção de arbitragem, nem como sujeição do mérito do litígio ao tribunal judicial”.

Esta disposição inspirou-se no art. 5.º, n.º 2, do Projecto elaborado pelo UNIDROIT em 1957 de Lei relativa à Arbitragem respeitante às Relações Internacionais de Direito Privado, preceito que estabelecia que o pedido de medidas cautelares a um tribunal estadual não acarreta a renúncia do requerente à convenção de arbitragem por ele celebrada.

Também na Lei Uniforme anexa à Convenção Europeia de Estrasburgo de 1966 – que não chegou a entrar em vigor por falta de assinaturas – se consagra, no art. 4.º, n.º 2, que o pedido apresentado em tribunal judicial e tendo por objecto medidas cautelares ou provisórias não é incompatível com a convenção de arbitragem e não implica a renúncia a esta última.

Estas soluções inspiram soluções em diferentes direitos nacionais no mesmo sentido.

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho – primeiro diploma de modernização do direito da arbitragem voluntária que, praticamente, não chegou a ser aplicado – estabelecia no seu art. 5.º que:

“Não implica renúncia à convenção de arbitragem o requerimento de qualquer procedimento cautelar dirigido ao tribunal judicial.”

A circunstância de esta solução não ter sido mantida na Lei de Arbitragem Voluntária (LAV) de 1986 não significa que o legislador portu-

guês a tenha afastado intencionalmente. É o que decorre da doutrina e da jurisprudência que se firmou nesse sentido.²

3. A partir da década de sessenta do passado século, no plano da arbitragem internacional ou transnacional, começou a ser debatida a problemática de saber se o próprio tribunal arbitral podia decretar medidas cautelares, no silêncio da lei de arbitragem do foro (deve notar-se que há Estados que estabelecem o monopólio de decretamento de medidas cautelares a favor dos tribunais estaduais).

De facto, sentia-se frequentemente a necessidade de o tribunal arbitral impedir certos actos das partes que podiam comprometer a eficácia da futura sentença arbitral, nomeadamente na fase executiva perante os tribunais judiciais.

4. Em rigor, a possibilidade de decretamento de medidas provisórias ou cautelares em processos arbitrais surgiu nos primeiros anos do Século XX, no domínio da arbitragem internacional. Como se verá de seguida, as medidas inicialmente previstas não tinham propriamente natureza cautelar – tal como nós entendemos a noção de providência cautelar – mas eram medidas provisórias de depósito de bens e, sobretudo, de venda antecipada de mercadorias deterioráveis.

Em 1915, no Primeiro Congresso Pan-Americano foi criado um sistema de resolução de litígios por arbitragem entre comerciantes dos Estados Unidos da América e da Argentina, designado como Plano, que foi adoptado nas relações bilaterais entre a Bolsa de Comércio de Buenos Aires e a Câmara de Comércio dos Estados Unidos. Nesse Plano, que entrou em vigor em 1916, foi criado um sistema de arbitragem ins-

² Veja-se Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, págs. 86-87, nota 168; Gonçalo Malheiro, *Os Poderes Concorrenciais dos Tribunais Arbitrais e dos Tribunais Comuns para o Decretamento de Providências Cautelares*, Vida Económica, Porto, 2008, págs. 41 e segs.; Armindo Ribeiro Mendes, “Balanço dos Vinte Anos de Vigência da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto): Sua Importância no Desenvolvimento da Arbitragem e Necessidade de Alterações”, in Centro de Arbitragem Comercial, *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio de Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2008, págs. 59-61.

titucionalizada entre as Câmaras de Comércio dos dois Estados, comprometendo-se cada uma a estabelecer um comité de arbitragem e uma lista oficial de árbitros com participantes das Partes Contratantes e a promover a inserção de uma cláusula arbitral – tipo nos contratos entre os seus associados. O art. XII do Plano previa medidas de natureza urgente, nomeadamente a venda de mercadorias deterioráveis:

“Se o litígio submetido a arbitragem envolver mercadorias, o comité que tiver supervisão sobre o processo, depois de comunicar com as partes, procederá à venda das mercadorias ou tomará as medidas aconselháveis, em seu parecer, para evitar um prejuízo maior. Os produtos dessas vendas serão depositados num banco, ficando a aguardar a decisão dos árbitros.”³

Esta solução influenciou o Plano de 1922 adoptado, no plano interno, por numerosas câmaras de comércio locais nos Estados Unidos, estabelecendo o art. 14.º do mesmo a possibilidade de venda, na pendência do processo arbitral, de bens deterioráveis, devendo o respectivo Comité de Arbitragem propor a venda às partes em litígio e obter o seu assentimento. Em tais casos, o Comité devia expor os factos referentes à venda aos árbitros.

Em 1920, o Conselho da Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris, procedeu ao estudo da criação de soluções arbitrais e de conciliação, tendo o projecto de Regulamento, elaborado em 1922 pelo norte-americano OWEN D. YOUNG, previsto, por influência dos Planos de 1915 e de 1922 referidos, a possibilidade de decretamento de medidas provisórias e conservatórias, no seu art. 10.º.

O primeiro Regulamento da CCI (1923) previa no seu art. XXXIX, alínea C) o seguinte:

“Em todos os casos, os árbitros, a pedido de uma das partes interessadas, terão o direito de proferir uma decisão provisória a estabelecer as medidas de natureza conservatória (measures of preservation) que sejam indispensáveis e, quando estritamente necessário, a alienação de merca-

³ Transcrito em Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia, 2005, pág. 24.

dorias ou objectos em litígio, ficando, todavia, entendido e acordado que nenhuma decisão dos árbitros desta natureza acarretará qualquer responsabilidade pessoal relativamente aos mesmos árbitros."⁴

Esta previsão foi eliminada na revisão de 1927 do Regulamento, reintroduzida em 1931 e mantida em 1939. Na versão do Regulamento de 1931 previa-se que o presidente do Tribunal Internacional de Arbitragem da CCI ou, após a designação dos árbitros, o tribunal arbitral tinha competência "para nomear um perito e, se necessário, vários peritos para proceder à recolha de prova (*to make statements of fact*), adoptar quaisquer medidas conservatórias e, se necessário, vender, depois de estabelecidos os factos, as mercadorias em litígio por conta do seu proprietário legítimo, de harmonia com a forma prescrita pelas leis da sede" (art. 11.º).

Na versão de 1939 do Regulamento da CCI, foi alterada a epígrafe do artigo, passando a referir "medidas provisórias e conservatórias", explicitou-se o destino do produto das vendas das mercadorias e aditou-se um terceiro parágrafo a prever a jurisdição concorrente dos tribunais estaduais:

"Anteriormente [à instauração] ou na pendência do processo arbitral uma ou mais partes podem, se o considerarem preferível, requerer medidas provisórias ou conservatórias à autoridade judiciária competente, sem que tal constitua violação da cláusula de arbitragem que as vincula. Deverá ser comunicada a apresentação desse requerimento ao Tribunal de Arbitragem [da CCI]."

Este §3.º do Regulamento da CCI de 1939 foi verdadeiramente precursor da solução maioritariamente aceite de consagração das compe-

⁴ Transcrito em A. Yesilirmak, *ob cit.*, pág. 27. Na versão de 1939 estendeu-se a competência para decretar medidas provisórias ao Presidente do organismo administrativo designado como *Court of Arbitration* ou Tribunal de Arbitragem, antes de constituído o tribunal arbitral que, em concreto, iria julgar o litígio e previu-se a nomeação de um ou vários peritos para apurar factos, adoptar medidas conservatórias e, se necessário, vender os bens litigiosos por conta do seu legítimo proprietário, na forma prevista no direito local.

tências concorrentes dos tribunais estaduais e arbitrais na concessão de certas providências de natureza cautelar.⁵

O Regulamento de 1948 da *London Court of International Arbitration* (sucessora da *London Chamber of Arbitration*, fundada em 1892) admitiu também a faculdade de decretamento de medidas provisórias.

A *American Arbitration Association* (AAA) passou a prever, a partir de 1944, no seu Regulamento (art. 35.º), o seguinte:

"O Árbitro, com o consentimento das partes, pode emitir os despachos provisórios (interim orders) que possam ser considerados necessários para salvaguardar o objecto da arbitragem, sem prejuízo dos direitos das partes ou do resultado final do litígio."

Esta regra manteve-se praticamente intocada até à versão de 1997 deste Regulamento, embora em 1945 fosse eliminada a expressão "provisório" (*interim*), sendo a situação normalmente prevista, em regra, a da venda antecipada de mercadorias. Só em 1988 é que o Regulamento da AAA abandonou a expressão "conservação da propriedade", adoptando a de "medidas provisórias".

Em contrapartida, a partir dos anos cinquenta do Século XX, passou a ser maioritário o entendimento de que estava vedado aos árbitros ou à instituição de arbitragem decretar medidas cautelares, as quais eram da exclusiva competência dos tribunais estaduais. Foi o que aconteceu com o Regulamento de Copenhague e com as versões de 1955 e de 1975 do Regulamento da CCI de Paris, em que não se reconhecia expressamente aos árbitros competência para decretar medidas cautelares.

⁵ Sobre o princípio da jurisdição concorrente dos tribunais estaduais da sede da arbitragem (ou, eventualmente, de outros Estados) e dos tribunais arbitrais veja-se Fouchard Gaillard Goldman *on International Arbitration*, editado por E. Gaillard e J. Savage, Haia/Boston, Londres, Kluwer Law International, 1999, págs. 711 e segs; ver ainda Stephen A. Bond, "La Nature des Mesures Conservatoires et Provisoires" in *Cour International d'Arbitrage de la CCI, Paris*, 1993, págs. 12 e segs.; Gonçalo Malheiro, *Os Poderes Concorrenciais* cit., págs. 50 e segs.; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, Law and Business, Austin, Boston, Chicago, Nova York, Holanda, vol. II, págs. 1949 e segs; Julian D.M. Lew/Loukas A. Mistelis/Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia / Londres / Nova Iorque, 2003, págs. 586 e segs.

Esta posição de negação de competência aos árbitros ou à instituição de arbitragem nunca foi unânime.

5. De facto, sentindo-se a necessidade de tomar, com urgência, medidas de natureza provisória ou antecipatória, algumas delas de cariz cautelar, apareceram regulamentos internacionais que previam a competência dos tribunais arbitrais para decretar medidas provisórias ou cautelares, no domínio da arbitragem internacional.

Por exemplo, no Regulamento de Arbitragem da Comissão Económica para a Europa (UNECE) da ONU, de 10 de Maio de 1963, estabelece-se que os árbitros são autorizados pelas partes, salvo disposição legal em contrário, a tomar todas as medidas cautelares relativamente às mercadorias em litígio, podendo nomeadamente determinar o respectivo depósito, confiando-as a um terceiro, abrir um crédito bancário, ou vender géneros deterioráveis (art. 27.º). Além desta previsão, o art. 28.º previu também que os árbitros são autorizados a determinar às partes a entrega de provisões destinadas a cobrir os custos do processo arbitral.

Idêntica solução foi adoptada pelo art. VI, n.º 6, do Regulamento de Arbitragem de 1966 da UNECAFÉ (Comissão Económica das Nações Unidas para a Ásia e Extremo Oriente).

A Convenção de Washington de 1965 para a Resolução de Litígios relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (Convenção ICSID ou CIRDI) passou também a prever, no seu art. 47.º, que, salvo convenção em contrário, os árbitros podem recomendar quaisquer medidas cautelares destinadas a conservar os direitos das partes. A partir de 1984 – e para pôr termo a dúvidas doutrinárias e orientações jurisprudenciais quanto à possibilidade de haver recurso a tribunais estaduais para estes decretarem medidas cautelares – o Regulamento ICSID estabeleceu que se presume a renúncia das partes vinculadas pela Convenção a requerer medidas provisórias aos tribunais estaduais (art. 39.º, n.º 5), solução que está em consonância com o entendimento do “sistema fechado” criado pela Convenção de Washington, entendimento acolhido pelo Regulamento e que leva a sustentar que o art. 26.º da Convenção exclui quaisquer pedidos de assistência aos tribunais estaduais.

6. A possibilidade de o tribunal arbitral decretar certas medidas cautelares foi consagrada com carácter geral no Regulamento de Arbitra-

gem da CNUDCI/UNCITRAL de 28 de Abril de 1976 – destinado a ser adoptado nas arbitragens internacionais *ad hoc*. Dispõe o art. 26.º, sob a epígrafe “Medidas Provisórias ou Conservatórias”:

“1. A pedido de qualquer das partes, o tribunal arbitral pode determinar quaisquer medidas provisórias que considere necessárias no que respeita ao objecto do litígio, nomeadamente medidas conservatórias em relação às mercadorias em litígio, determinando, por exemplo, o seu depósito junto de terceiro ou a venda de géneros deterioráveis.

2. Estas medidas provisórias podem ser determinadas através de uma sentença provisória. O Tribunal arbitral pode exigir uma caução para garantia de custos ocasionados por tais medidas.

3. O pedido de medidas provisórias requerido por qualquer das partes a uma autoridade judiciária não deve ser considerado incompatível com a convenção de arbitragem, nem valer como renúncia ao direito de se prevalecer da referida convenção.”

Importa recordar que o art. 9.º deste Regulamento estabelece a regra da não-incompatibilidade com uma convenção de arbitragem da “solicitação de medidas provisórias ou conservatórias feita por uma das partes a um tribunal, antes ou durante o processo arbitral, bem como a concessão de tais medidas pelo tribunal” estadual.

7. Nos anos oitenta, a CNUDCI aprovou uma Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, baseada na experiência do Regulamento de 1976.

Esta Lei-Modelo de 21 de Junho de 1985 destina-se a ser adoptada como direito interno pelos Estados que o desejem e consubstancia, por assim dizer, um consenso entre os principais Estados, independentemente da respectiva família jurídica, sobre a regulamentação moderna da arbitragem comercial internacional.

O art. 17.º da Lei-Modelo da CNUDCI, na sua versão originária, versava sobre medidas cautelares. Está subordinado à seguinte epígrafe “Poder do tribunal arbitral [de] ordenar medidas provisórias”:

“Salvo convenção em contrário das partes, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte, ordenar a qualquer delas que tome as medidas

*provisórias ou conservatórias que o tribunal considere necessário tomar em relação do litígio. O Tribunal arbitral pode exigir a qualquer das partes que, em conexão com essas medidas, preste uma garantia adequada.*⁶

8. A Lei-Modelo da CNUDCI tem inspirado as reformas recentes de legislação interna sobre arbitragem voluntária empreendidas nos últimos 20 anos por Estados de todos os continentes.

Mais de sessenta Estados adoptaram até hoje a Lei-Modelo integralmente ou com modificações pontuais, sendo certo que há entidades infraestaduais que procederam a tal adopção (Regiões Administrativas Especiais de Hong-Kong e Macau, no que toca à China; Estados Federais da Califórnia, Connecticut, Illinois, Louisiana, Oregon e Texas nos E.U.A.).

Este dado é fundamental para compreender a evolução da doutrina e da jurisprudência nos Estados que não adoptaram até hoje esta Lei-Modelo, a qual foi objecto de revisão em 2006, incidindo a mesma sobre a forma da convenção de arbitragem (art. 7.º) e sobre as medidas provisórias e respectiva execução (Capítulo IV-bis, arts. 17.º a 17.º -J), para além de outras alterações pontuais (alteração do n.º 2 do art. 1.º e do n.º 2 do art. 35.º e aditamento do art. 2.º-A).

II – A Aceitação pelos Direitos Internos das Medidas Cautelares e Provisórias Decretadas pelos Árbitros

9. Ainda hoje, há Estados que mantêm o monopólio das medidas cautelares a favor dos seus tribunais estaduais.

São exemplo de tal orientação a Itália e, até data recente, a Grécia.

O art. 818.º do Código de Processo Civil Italiano estatui que “o árbitro não pode decretar arrestos (*sequestri*) nem determinar outras medidas provisórias, salvo disposição da lei em contrário” (o inciso final foi aditado pela reforma de 2006). Existe na legislação societária de 1994

⁶ Texto comentado e tradução da Lei-Modelo de Maria Ângela Bento Soares e Rui Moura Ramos, *Contratos Internacionais. Compra e Venda. Cláusulas Penais Arbitrais*, Coimbra, Almedina, 1986, págs. 315 e segs.

a possibilidade de ser requerida a tribunais arbitrais a suspensão cautelar de deliberações sociais.

Também o art. 789.º do Código de Processo Civil grego estabelece quanto as arbitragens de direito interno que “o árbitro não pode decretar, modificar ou revogar medidas provisórias” (todavia e no que toca às arbitragens comerciais internacionais, a Grécia adoptou, em 1999, a Lei-Modelo da CNUDCI, deixando de aplicar-se aquele artigo).

A mesma solução de proibição vigora na Argentina (art. 753.º do respectivo Código de Processo Civil) e na China, tendo-se mantido no Chile até 2004 (ano em que este País adoptou a Lei-Modelo), na Áustria até 2006 e na Finlândia até 1992, entre outros países.

A Lei de Arbitragem do Brasil de 1996 prevê que o próprio tribunal arbitral possa requerer ao órgão judiciário que seria originariamente competente para julgar a causa, medidas coercitivas ou cautelares necessárias (art. 22.º §4.º). Tal significa que parece estar vedado ao tribunal arbitral o decretamento de medidas cautelares.

Nos anos oitenta do passado século, num estudo comparativo de NEIL MCDONNELL sobre o direito interno de 26 Estados, este apurou que, nos Estados analisados, metade, ou seja, 13 atribuíam poderes exclusivos aos tribunais estaduais para decretar medidas cautelares, 12 previam competências concorrentes entre árbitros e tribunais estaduais e os Estados Unidos atribuíam competência exclusiva aos árbitros.⁷

10. Em contrapartida, os Estados que foram influenciados pela Lei-Modelo da CNUDCI ou que a adoptaram como direito interno têm normas sobre providências cautelares ou medidas conservatórias, estando, por isso, a questão resolvida legislativamente.

Vale a pena ver algumas regulamentações consagradas pelos diferentes legisladores.

Na Lei de Arbitragem de 1996 de Inglaterra e País de Gales, prevê-se que as partes são livres de acordar sobre os poderes a conferir ao tribunal arbitral para atingir as finalidades do processo (s. 38.¹, 1). Na falta de acordo em contrário, o tribunal arbitral tem os poderes previstos nos

⁷ Referido em A. Yesilirmak, *ob cit.*, pág. 42. Veja-se à frente a evolução jurisprudencial e legal nos Estados Unidos da América.

números seguintes (s. 38.^o, 2). O n.º 3 da mesma secção 38.^a admite que o tribunal arbitral determine às partes que prestem caução em relação aos custos de arbitragem.

Segundo o n.º 4 da Secção 38.^a, o tribunal arbitral

"... pode dar indicações respeitantes a qualquer bem que constitua objecto do processo ou em relação ao qual tenha surgido qualquer questão no processo e que seja propriedade ou esteja na posse de qualquer das partes do processo,

a) para o efeito de inspecção, fotografia, preservação, guarda ou detenção do bem pelo tribunal arbitral, um perito ou uma parte, ou

*b) para o efeito de ser tirada uma amostra desse bem, ou ser realizada qualquer observação ou experiência em relação ao mesmo bem."*⁸

Por seu turno, o n.º 6 desta secção confere ao tribunal arbitral competência para dar indicações a uma parte relativamente à preservação de qualquer meio de prova, à sua guarda ou disposição para as finalidades do processo.

A secção 39.^o regula a matéria das sentenças provisórias que o tribunal arbitral pode proferir, se houver acordo das partes, de forma a que aquele possa determinar qualquer providência, de natureza provisória, que pudesse conceder na decisão final (a título exemplificativo, indica-se a decisão provisória para pagamento de dinheiro ou disposição de bens entre as partes ou um pagamento antecipado em relação aos custos da arbitragem). A Secção 44.^o, por seu turno, disciplina os poderes dos tribunais da Coroa para apoio do processo arbitral, estabelecendo a regra de que estes têm, salvo acordo em contrário das partes, o mesmo poder de decisão sobre os assuntos elencados que têm para os fins e em relação aos processos judiciais. Entre as matérias elencadas contam-se a tomada de depoimentos de testemunhas, a conservação de provas, a decisão de questões respeitantes à propriedade de bens que são objecto

⁸ Veja-se Robert Merkin, *Arbitration Law*, Londres, Singapura, LLP, 2004, págs. 540 e segs. Pode ver-se o texto da Lei inglesa de 1996 in João Álvaro Dias, *Resolução Extrajudicial de Litígios - Quadro Normativo*, Coimbra, Almedina, 2002, págs. 689 e segs. (nesta obra encontram-se várias leis de arbitragem europeias e de diferentes países americanos).

do processo ou em relação aos quais surge qualquer questão no processo arbitral (sujeição a inspecção; feitura de fotografias; conservação, guarda ou detenção de propriedade; extração de amostras; sujeição a experiências); venda de bens; atribuição de uma injunção provisória ou a nomeação de um depositário. Seja como for, o n.º 5 dispõe que, "em qualquer caso, o tribunal [estadual] só intervirá ou, se o fizer, apenas na medida em que o tribunal arbitral ou qualquer pessoa ou instituição, nomeadamente arbitral, com competência (*power*) a tal respeito, careça de competência ou esteja impossibilitada nesse momento de agir de forma eficaz". Se o tribunal assim o determinar, um despacho proferido nos termos da secção 44.^a cessará, total ou parcialmente, de produzir efeitos por determinação do tribunal ou de qualquer outra instituição arbitral ou outra instituição ou pessoa com competência para actuar em relação ao objecto do despacho (s. 44.^a, n.º 6).

A *Zivilprozessordnung* (ZPO) alemã, na versão de Lei de 22 de Dezembro de 1997, acolheu, com adaptações, a Lei-Modelo de CNUDCI⁹. Af se estabelece no § 1033.^o que não é incompatível com a convenção de arbitragem o pedido de uma parte de uma providência cautelar antecipatória ou conservatória a um tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, respeitante ao objecto do litígio arbitral. O § 1041.^o, n.º 1, admite a concessão de providências cautelares pelo tribunal arbitral, salvo se as partes tiverem afastado tal competência (sistema designado como "*opt out*"). O tribunal arbitral pode exigir que qualquer das partes preste caução relativamente à medida decretada.

O tribunal estadual pode, a requerimento de uma das Partes, dar execução a uma medida cautelar decretada nos termos do n.º 1 deste § 1041.^o, desde que não tenha sido requerida aos tribunais estaduais uma medida cautelar; se tal for necessário para a execução da medida, pode alterar a decisão do tribunal arbitral (§1041.^o, 2).

Os tribunais estaduais podem, nos termos do n.º 3 desde § 1041.^o, revogar ou alterar a decisão do tribunal arbitral.

⁹ Pode ver-se o texto da actual versão da *Zivilprozessordnung* (ZPO), introduzida em 1997, em tradução inglesa, em João Álvaro Dias, *Resolução Extrajudicial dos Litígios* cit., págs. 519 e segs.

Está prevista a responsabilidade da parte requerente se a medida executada for injustificada no momento do pedido. Também o requerido pode pedir indemnização ao requerente no caso de ter tido de prestar caução para evitar a execução da medida ordenada, se se verificar que tal pedido era injustificado (n.º 4 do § 1041.º).¹⁰

Outros países como a Rússia, a Irlanda, a Suécia, a Áustria (a partir de 2006), o Canadá (para a arbitragem comercial internacional) e a República da África do Sul adoptaram a Lei-Modelo, com mais ou menos modificações. No caso da Áustria, o art. 593.º do Código de Processo Civil regula, a partir de 2006, detalhadamente a matéria das medidas provisórias ou conservatórias, prevendo no n.º 3 a execução das medidas determinadas pelo tribunal arbitral nos tribunais estaduais. As medidas cautelares podem ser decretadas pelo tribunal arbitral sem prévio contraditório, o qual pode ser assegurado na fase de execução perante os tribunais estaduais.¹¹

Igualmente, a Lei de Arbitragem, Conciliação e Mediação de Moçambique (Lei n.º 11/99, de 8 de Julho) e a Lei sobre Arbitragem Voluntária de Angola (Lei n.º 16/03, de 25 de Julho) permitem que o tribunal arbitral decreta medidas provisórias, soluções claramente inspiradas pela Lei-Modelo da CNUDCI (v. arts. 35.º da primeira lei e art. 22.º da segunda).¹²

Vale a pena reter a formulação da Lei de Arbitragem sueca de 4 de Março de 1999.

No capítulo dedicado ao processo arbitral, dispõe o inciso 4.º do art. 25.º dessa lei:

¹⁰ Veja-se Schwab/Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 6.ª ed. remodelada, Munique, C. H. Beck V., 2000, págs. 190-207.

¹¹ Veja-se o texto da nova lei de arbitragem, em tradução inglesa, introduzida em 2006 na ZPO austríaca, em *Arbitration International*, vol. 23 (2007), 4, págs. 535 e segs., volume onde se inserem vários estudos sobre esta lei.

¹² As leis estão publicadas em *A Arbitragem Voluntária e a Mediação de Conflitos - Legislação Comentada dos Espaços de Língua Portuguesa*, obra organizada por Miguel Cancellia de Abreu e outros, Concórdia, Lisboa, 2008, págs. 14 e segs. e 176 e segs., respectivamente.

*"Salvo se as partes tiverem convencionado o contrário, os árbitros podem, no decurso do processo e a pedido de uma delas, impor à outra parte que tome alguma medida adequada a conservar o objecto do pedido submetido aos árbitros. Os árbitros podem exigir da parte requerente dessa medida que constitua uma garantia razoável para reparar o prejuízo que seja susceptível de ser por ela causado à outra parte".*¹³

Também a 2.ª parte do primeiro inciso do artigo subsequente prevê a cooperação do tribunal estadual, depois de obtida autorização pelo tribunal arbitral, para que a parte requerente consiga fazer notificar a parte requerida ou um terceiro para apresentar, a título de prova, um documento escrito ou qualquer outro objecto. Se os árbitros considerarem essa medida justificada no que toca à instrução, estão vinculados a autorizar esse pedido. Quando estiverem reunidas as condições legais exigidas para uma tal medida, o tribunal de primeira instância deve deferir o pedido, aplicando-se o disposto no Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil holandês¹⁴ contém a regulamentação sobre arbitragem voluntária reformada por Lei de 1986 (arts. 1020.º a 1076.º). Nessa regulamentação prevê-se com amplitude a possibilidade de o tribunal arbitral decidir o litígio "por sentença final, sentenças parciais ou sentenças provisórias" (art. 1049.º), entendendo-se que a referência a sentenças provisórias destina-se a permitir a concessão de providências conservatórias e provisórias. O art. 1051.º regula a possibilidade de o tribunal arbitral ou o seu presidente proferir uma decisão arbitral através de um procedimento sumário. O tribunal arbitral pode decretar sanções pecuniárias compulsórias nos mesmos termos que os tribunais comuns, nomeadamente para tutela de decisões provisórias, presumindo-se, no silêncio da convenção, que os árbitros não têm poderes para decre-

¹³ Ver a lei sueca, em tradução francesa, em apêndice à obra de J-F Poudret e S. Besson, *Droit Comparé de l'Arbitrage International*, 1.ª ed., Schultess, LGDJ, Bruylant, Genebra, Paris, Bruxelas, 2002 (os apêndices foram eliminados na 2.ª ed., em língua inglesa), págs. 1098 e segs.

¹⁴ Pode ver-se a tradução em inglês dos artigos sobre arbitragem em Peter Sanders e A. J. Van Den Berg, *The Netherlands Arbitration Act 1986, English Text and Notes, Texte français et Notes, Deutsche Text und Anmerkungen*, Deventer, 1987, págs. 7 e segs.

tar providências cautelares (sistema designado, na literatura anglo-americana, como "opt in").

O art. 1696.º, n.º 1, do *Code Judiciaire* belga (versão de 1972, alterada em 1985 e em 1998)¹⁵ prevê a concessão de providências provisórias ou conservatórias pelo próprio tribunal arbitral:

1. Sem prejuízo do disposto no art. 1679.º, n.º 2, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte, ordenar medidas provisórias e conservatórias, salvo o arresto (saisie conservatoire)."

A Coreia do Sul admite que o tribunal arbitral possa decretar medidas cautelares ou substituí-las por caução, mas não autoriza a execução das mesmas pelos tribunais estaduais.

Por último, a Espanha substituiu em 2003 a sua Lei de Arbitragem de 1988, acolhendo os pontos principais da regulamentação da Lei-Modelo da CNUDCI¹⁶. Prevê, no entanto, a possibilidade de os tribunais estaduais decretarem medidas cautelares antes da constituição do tribunal arbitral ou na pendência do processo arbitral (art. 11.º, n.º 3; veja-se a regra de competência constante do art. 8.º, n.º 3, da mesma lei).

Dispõe o art. 23.º, n.º 1, desta lei, que reproduz a primitiva redacção do art. 17.º da Lei-Modelo:

"Salvo acordo das partes em contrário, os árbitros poderão, a pedido de uma delas, adoptar as medidas cautelares que considerem necessárias a respeito do objecto do litígio. Os árbitros poderão exigir uma caução suficiente ao requerente."

O n.º 2 deste artigo dispõe, por seu turno, que "às decisões arbitrais sobre medidas cautelares, seja qual for a forma que estas revistam, são aplicáveis as normas sobre anulação e execução forçada de sentenças arbitrais."

¹⁵ Pode consultar-se o texto, em tradução inglesa, em João Álvaro Dias, *Resolução Extrajudicial de Litígios* cit., págs. 583 e segs.

¹⁶ Pode consultar-se o texto da nova Lei espanhola em Civitas, *Legislación sobre Enjuiciamiento Civil*, Thomson / Civitas, 27.ª ed., Madrid, 2004, págs. 1315 e segs.

A lei de 1988, revogada por esta última, não tratava da matéria dos procedimentos cautelares, os quais eram regulados pela lei geral do processo civil. Prevía apenas que o tribunal estadual pudesse decretar medidas cautelares no caso de ser pedida a anulação da sentença arbitral, a requerimento da parte que sustentasse a validade dessa sentença.¹⁷

A Lei de 2003 foi precedida pela regulamentação do novo Código de Processo Civil de 2000 (LEC 2000) que previu, nos seus arts. 722.º e 724.º, a possibilidade de solicitação de medidas cautelares aos tribunais judiciais espanhóis como preliminar ou como processo incidental relativamente a processos arbitrais a instaurar ou pendentes em Espanha ou em país estrangeiro, neste último caso no âmbito de tratados e convenções internacionais que vinculem o Estado espanhol.

11. Um caso que merece destaque é o suíço.

A Lei Federal sobre Direito Internacional Privado de 1987 regula, entre outras matérias, a arbitragem internacional.¹⁸

No art. 183.º, prevê-se a possibilidade de o tribunal arbitral decretar medidas cautelares ("*des mesures provisionnelles*" ou "*des mesures conservatoires*"), salvo convenção das partes em contrário. É necessário que tais medidas sejam requeridas por uma das partes. No caso de a parte destinatária da medida não se submeter voluntariamente a esta, o próprio tribunal arbitral pode requerer a intervenção do juiz competente, o qual aplica o seu direito próprio. Quer o tribunal arbitral, quer o juiz estadual podem subordinar a concessão de medidas cautelares provisórias ou conservatórias à prestação de caução apropriada.

Já no plano interno, a Convenção Intercantonal sobre Arbitragem de 1969 (conhecida como *Concordata*) reserva a concessão de medidas

¹⁷ Veja-se David Arias, *Arbitraje y Medidas Cautelares en España*, in Ministério da Justiça, *Newsletter DGAE*, n.º 8, Março de 2007, págs. 14-18; Silva Barona Vilar, comentário ao art. 23.º da Lei espanhola de 2003, in *Comentário a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre)*, ob. colectiva sob a direcção de Silva Barona Vilar, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, págs. 832 e segs; J-F Merino Merchán J. Mº Chillon Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, 3.ª ed., Thomson/Civitas, Navarra, 2006, págs. 570 e segs.

¹⁸ Pode ver-se o texto em francês em António Marques dos Santos, *Direito Internacional Privado - Colección de Textos Legislativos de Fonte Interna e Internacional*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, págs. 1892 e segs.

cautelares aos tribunais estaduais¹⁹. O tribunal arbitral apenas pode sugerir às partes medidas deste tipo, as quais são insusceptíveis de execução forçada (art. 26.º, n.º 2 – “Todavia, as partes podem submeter-se voluntariamente às medidas provisórias propostas pelo tribunal arbitral”).

Em 2006 foi apresentado pelo Governo federal suíço um projecto de Código de Processo Civil para toda a Confederação que visa substituir, em matéria de arbitragem, a Convenção Intercantonal de 1969 (a Parte 3.ª do Código regula a arbitragem – arts. 351.º a 386.º). Este projecto foi aprovado em 19 de Dezembro de 2008, devendo entrar em vigor apenas em 1 de Janeiro de 2011, após submissão a referendo popular.

O art. 374.º do Código, sob a epígrafe “Medidas provisórias, garantias e indemnizações”, revela uma aproximação diversa na matéria, em relação às disposições da Convenção Intercantonal. Transcreve-se o texto:

“1. A autoridade judicial ou, salvo convenção das partes em contrário, o tribunal arbitral pode, a requerimento de uma parte, determinar medidas provisórias, nomeadamente com a finalidade de conservar meios de prova.

2. Se a pessoa requerida não se submeter a uma medida determinada pelo tribunal arbitral, este ou uma parte pode requerer à autoridade judiciária que tome as medidas necessárias; se o requerimento for apresentado por uma parte, esta deve pedir o assentimento do tribunal arbitral.

3. O tribunal arbitral ou a autoridade judiciária pode obrigar o requerente a prestar garantias, se as medidas provisórias envolverem o risco de causar prejuízos à parte contrária.

4. O requerente responde pelos prejuízos causados por medidas provisórias sem fundamento. Todavia, se provar que as requereu de boa fé, o tribunal arbitral ou a autoridade judiciária pode reduzir a indemnização ou não a conceder. A parte lesada pode apresentar a sua pretensão indemnizatória no processo arbitral pendente.

¹⁹ Pode ver-se o texto, em tradução inglesa, desta Convenção em João Álvaro Dias, *Resolução Extrajudicial dos Litígios cit.*, págs. 765 e segs.

5. As garantias serão liberadas desde que se prove que não será intentada qualquer acção indemnizatória; em caso de incerteza, o tribunal arbitral deve estabelecer um prazo ao interessado para deduzir o pedido.”

Esta solução visa aproximar o regime puramente interno da arbitragem do disposto na LDIP.²⁰

12. Existem numerosos Estados em que as respectivas leis de arbitragem não regulam a matéria dos procedimentos cautelares.

É o que sucede, por exemplo, em França, em Portugal e nos Estados Unidos da América, para só indicar alguns desses Estados.

Face a este silêncio, discute-se nas respectivas doutrinas e jurisprudências a questão de saber se os árbitros podem decretar medidas cautelares, o que acarreta, por regra, a necessidade de interpretar a convenção de arbitragem que vincula as partes para ver se esta atribui de algum modo essa competência aos árbitros.

Deixando o caso de Portugal para depois, pode dizer-se que a orientação maioritária da doutrina e jurisprudência francesas vai no sentido de entender que os tribunais estaduais são competentes para decretar medidas cautelares, podendo os tribunais arbitrais decretar medidas de tipo cautelar ou provisório que não pressuponham o poder de autoridade pública do tribunal arbitral. É corrente na doutrina francesa falar-se de poderes implícitos dos árbitros nesta matéria, embora haja autores que neguem tal competência aos árbitros²¹. Tratar-se-á de medidas cautelares confinadas às partes do processo, insusceptíveis de execução pelos tribunais estaduais, salvo intervenção prévia destes. A competência dos tribu-

²⁰ Ver Gabrielle Kaufmann-Kohler e Antonio Rigozzi, *Arbitrage International – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Schulthess/ Weblaw, Berna. Zurique/Basileia/ Genebra, 2006, pág. 243, referindo-se à solução do Projecto de 2005

²¹ Vejam-se, por exemplo, Jean Robert, *L'Arbitrage – droit interne, droit international privé*, 6.ª ed., Paris, Dalloz, 1993 (com a colaboração de Bertrand Moreau), págs. 193-194 e 272-275 (autor que entende que os tribunais arbitrais, carecem de competência na matéria); quanto à arbitragem internacional, vejam-se René David, *L'Arbitrage dans le Commerce International*, Paris, Economica, 1982, pág. 417, Fouchard, Gaillard, *Goldman on Arbitration cit.*, págs. 709-734.

nais arbitrais para decretar tais medidas decorre da *lex arbitri*, ou seja, da lei da sede da arbitragem ou, na falta de norma nessa ordem jurídica, de uma interpretação da convenção de arbitragem. Todavia, em muitos países, exclui-se a possibilidade de os árbitros decretarem arrestos (*saisie conservatoire* em França e na Bélgica, havendo norma legal expressa no caso da Bélgica, art. 1696.º, n.º 1, do *Code Judiciaire*: sequestre na Suíça).

No caso dos Estados Unidos da América, os tribunais federais orientaram-se no sentido de que os árbitros tinham competência exclusiva para decretar medidas cautelares, salvo em matérias de direito marítimo. Tal decorreria do sentido do art. II, n.º 3, da Convenção de Nova Iorque de 1958 ao prever a necessidade de os tribunais estaduais se recusarem a conhecer de controvérsias desde que existisse válida convenção arbitral que as abrangesse (casos *McCreary Tyre & Rubber Company v. CEAT*, julgado em 1974, e *Cooper v. Ateliers de la Motobécane*, julgado em 1982). Esta jurisprudência não era unânime, tendo sido posto em causa o precedente *McCreary* a partir do caso *Carolina Power & Light Co. v. Uranex*, julgado em 1977, parecendo ter sido abandonada, pelo menos ao nível dos tribunais inferiores. Recentemente, uma lei do Estado de Nova Iorque passou a prever que os tribunais desse Estado podem conceder arrestos (*attachment orders*) e medidas provisórias (*preliminary injunctions*), estando pendente um processo arbitral ou ainda não instaurado, independentemente de a decisão arbitral vir a estar submetida à referida Convenção de Nova Iorque, mas apenas com o fundamento de que a sentença arbitral que possa vir a ser favorável em relação ao requerente da medida provisória seja susceptível de se tornar ineficaz sem tal medida provisória²².

²² Sobre a evolução da jurisprudência americana ver Richard W. Hulbert, "Une Vue Americaine", in *Mesures Conservatoires et Provisoires en Matière d'Arbitrage International*, ob. colectiva da *Cour d'Arbitrage de la CCI*, Paris, 1993, págs. 97-101; J-F Poudret e Sébastien Besson, *Comparative Law* cit., pág. 525, nota (380); Fouchard, Gaillard, *Goldman on Arbitration* cit., págs. 712-713; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* cit., II, págs. 1954-1956, sobretudo notas (61) e (62), e págs. 2031 e segs. Nesta obra refere-se que, no plano da arbitragem interna, o *Revised Uniform Arbitration Act*, de 2000 autoriza o tribunal arbitral a "proferir as decisões sobre medidas provisórias (*provisional remedies*), incluindo sentenças intercalares que aquele considere necessárias

13. Deve notar-se, por último, que a possibilidade de decretamento de medidas cautelares pelos tribunais arbitrais – quando tal possibilidade esteja prevista na lei ou seja admitida pela doutrina e jurisprudência – pressupõe que haja contraditório entre as partes. Não é admissível, segundo o entendimento comum, tal decretamento sem prévia audição da parte requerida, diferentemente do que sucede no direito interno (medidas cautelares *ex parte*, na terminologia inglesa). Veremos, porém, que a revisão da Lei-Modelo em 2006 se afastou deste entendimento, o que mostra a grande evolução que a matéria tem tido nos últimos anos.

III – A Arbitragem Institucionalizada e as Medidas Cautelares

14. No domínio da arbitragem institucionalizada de carácter internacional aparecem-nos hoje regulamentos internos ou estatutos que prevêem a possibilidade de decretamento de medidas cautelares pelos árbitros.

É caso paradigmático o da CCI (Câmara de Comércio Internacional).

Esta instituição oferece, a partir de 1990, um processo de concessão de medidas conservatórias ainda antes de constituído o tribunal arbitral (Regulamento sobre o *référé pré-arbitral*). Aí se prevê a nomeação de um terceiro (*referee*) para decretar medidas conservatórias de carácter urgente ou para prevenir danos iminentes ou prejuízos irreparáveis, ou ainda para salvaguardar qualquer direito ou bem de uma das partes. As medidas provisórias podem também incidir sobre a execução de um contrato, a assinatura ou entrega de documentos a ele atinentes ou sobre conservação ou recolha de prova.

Por outro lado, o Regulamento de Arbitragem da CCI, na versão de 1998, prevê, no seu art. 23.º, n.º 1, a possibilidade de o tribunal arbitral decretar, salvo convenção das partes em contrário, a pedido de uma das partes, as medidas conservatórias ou provisórias que considere adequadas, podendo subordinar a sua concessão à constituição de garan-

para proteger a efectividade do processo arbitral e para procurar a resolução justa e expedita do litígio, com a mesma amplitude e sob as mesmas condições que [seriam aplicáveis] se o litígio fosse objecto de uma acção civil" (§8.º).

tias adequadas pelo requerente. Tais medidas poderão ser tomadas sob a forma de decisão motivada ou, se necessário, por sentença interlocutória. O n.º 2 do art. 23.º prevê a situação de decretamento de medidas cautelares pelo tribunal estadual, desde que requeridas antes da entrega do processo ao tribunal arbitral ou, posteriormente a tal entrega, em "condições adequadas" (note-se que a anterior versão do Regulamento, de 1988, só admitia tal concessão em "condições excepcionais").

Norma idêntica aparece no Regulamento de Arbitragem da *London Court of International Arbitration* – versão de 1998 (art. 25.º). No n.º 3 deste artigo prevê-se que as partes possam recorrer aos tribunais estaduais para solicitar medidas cautelares antes da constituição do tribunal arbitral ou, "em casos excepcionais", depois de tal constituição. Presume-se que, por força da celebração de uma convenção de arbitragem a favor desta instituição, as partes acordaram em não pedir a um tribunal estadual uma garantia para cobrir custos jurídicos ou de outra ordem.

Também o Regulamento em vigor desde 1 de Abril de 1997 da *American Arbitration Association (New York International Arbitration Rules)* prevê, no seu art. 21.º, competências concorrentes do tribunal arbitral e dos tribunais estaduais para decretarem medidas provisórias de protecção, incluindo "*injunctive relief and measures for the protection or conservation of property*", através de sentença provisória, ou não. O pedido de medidas provisórias apresentado ao tribunal estadual não será considerado incompatível com a convenção de arbitragem (n.º 3 deste artigo). O tribunal arbitral poderá, no exercício de um poder discricionário, fixar custas relacionadas com pedidos de medidas provisórias numa sentença intercalar ou na sentença final (n.º 4 deste artigo).

Já atrás se analisou a origem histórica e a evolução destas previsões de medidas cautelares em regulamentos de instituições de arbitragem.

15. A regulamentação do CIRDI – instituído pela Convenção de Washington de 1965 sobre a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados – prevê no seu art. 47.º que, salvo se as partes acordarem diferentemente, o tribunal arbitral pode, se considerar que as circunstâncias o exigem, *recomendar* quaisquer medidas cautelares adequadas a garantir os direitos das partes. Esta solução é repetida na regra 39.º do Regulamento de Arbitragem do mesmo Centro.

Deve acrescentar-se que a expressão "recomendação" parece ter sido adoptada para não ferir a susceptibilidade dos Estados ou entes públicos estaduais demandados, embora se discuta na doutrina se tais recomendações têm carácter vinculativo. Há jurisprudência arbitral recente que aponta para o carácter vinculativo de tais recomendações.

IV – As Medidas Cautelares no Processo Arbitral Português

16. Em Portugal, até 1984 as regras sobre a arbitragem voluntária constavam dos sucessivos Códigos de Processo Civil (de 1876, de 1939 e de 1961).

Na pendência dos Códigos de 1939 e de 1961, o recurso à arbitragem foi raro, como pode comprovar-se pela escassez de jurisprudência publicada e até de doutrina. Foi especialmente debatida, no domínio dos dois últimos códigos, a problemática da execução específica da cláusula compromissória, da natureza desta estipulação e da eficácia da cláusula compromissória como excepção dilatória de preterição de tribunal arbitral a suscitar perante o tribunal estadual.

Existe, pelos menos, uma decisão jurisprudencial que versa a matéria do requerimento de providências cautelares, tendo a Relação de Évora concluído que a existência de uma cláusula compromissória num contrato não podia ter o alcance de submeter ao tribunal arbitral o decretamento de providências cautelares que, dada a sua natureza, permanecem na esfera do tribunal judicial.²³

17. Como atrás se referiu, o diploma de 1984 sobre arbitragem voluntária vigorou pouco mais de um ano, não teve qualquer relevância prática e foi quanto a ele suscitada a questão da sua inconstitucionalidade orgânica, por ter sido elaborado pelo Governo.

Alguns meses após a sua publicação, iniciou-se a elaboração de um novo texto legal que veio a transformar-se na Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto. Esta lei revogou o Decreto-Lei n.º 243/84, o qual foi pouco

²³ Acórdão da Relação de Évora de 12 de Julho de 1984, in *C. J.*, IX, 1984, Tomo IV, pág. 286.

depois integralmente declarado organicamente inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

18. Só a partir de meados da década de 1990 é que começaram a funcionar tribunais arbitrais constituídos ao abrigo da Lei n.º 31/86. Trata-se sobretudo de arbitragens internas. No domínio da arbitragem do comércio internacional aparece jurisprudência sobre a revisão e confirmação das sentenças arbitrais estrangeiras, sendo certo que só em 1994 foi ratificada por Portugal a Convenção da Nova Iorque de 1958 sobre o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras.

19. Já vimos que a LAV não se refere no seu articulado aos procedimentos cautelares. Solução diferente ficou a constar do art. 24.º da Lei da Arbitragem Voluntária do Território de Macau (arbitragem interna) de 1996.²⁴

Por tal circunstância, aparecem, por vezes, estipulações próprias nas convenções de arbitragem. Por exemplo, numa convenção inserida num contrato de sociedade comercial pode ler-se o seguinte:

"Não é incompatível com esta cláusula [a que contém a cláusula compromissória entre a Sociedade e os seus accionistas, ou entre estes] a

²⁴ Dispõe este artigo do Decreto-Lei n.º 29/96/M, de 11 de Junho: "1. Não é incompatível com a convenção de arbitragem a dedução de procedimento cautelar no tribunal judicial, antes ou depois de constituído o tribunal arbitral, não implicando tal dedução em caso algum renúncia à arbitragem. 2. O requerente do procedimento cautelar deve desencaixar as diligências para constituição do tribunal arbitral no prazo previsto na lei do processo civil para proposição da acção judicial de que o procedimento deva ser dependente. 3. Salvo convenção das partes em contrário, o tribunal arbitral pode, a pedido de qualquer das partes, ordenar que estas acatem medidas provisórias ou conservatórias que considere adequadas em relação ao objecto do litígio ou exigir a qualquer delas que, em conexão com tais medidas, preste uma garantia adequada. 4. No caso de não ser acatada a decisão do tribunal prevista no número anterior, o tribunal arbitral pode solicitar ao tribunal de competência genérica que ordene a sua execução". Sobre a origem deste artigo, que provém de um anteprojecto elaborado em 1989 por António Serra Lopes e Armindo Ribeiro Mendes, veja-se *Lei de Arbitragem Voluntária para o Território de Macau - Anteprojecto*. Governo de Macau, Gabinete para a Modernização Legislativa, Macau, Imprensa Oficial, 1990, pág. 33.

solicitação de medidas provisórias ou conservatórias feita por qualquer das partes a um Tribunal, antes ou durante o processo arbitral, bem como a concessão de tais medidas pelo Tribunal."

Na prática, há notícia de decretamento de providências cautelares (arrestos, providências cautelares não especificadas) antes da propositura de acções arbitrais ou até na pendência destas.²⁵

De um modo geral, tem-se entendido que a circunstância de a LAV não ter uma norma idêntica à do art. 5.º do efêmero diploma de 1984 não significa que a existência de uma convenção de arbitragem acarrete, por si só, a incompetência dos tribunais judiciais para decretar providências cautelares relativas ao litígio já submetido ou a submeter a um tribunal arbitral. Neste sentido pode indicar-se o decidido nos Acórdãos da Relação de Lisboa de 26 de Setembro de 2000 (Proc. n.º 0006361), da Relação do Porto de 17 de Maio de 2005 (Proc. n.º 0522209) e da Relação de Lisboa de 20 de Abril de 2006 (Proc. n.º 3041/2006-2) todos eles constantes da Base de Dados do ITJ (o primeiro só quanto ao sumário). No sentido de que os árbitros podem decretar certas medidas cautelares se pronunciam Morais Leitão e Dário Moura Vicente²⁶ e, em sentido negativo, José Miguel Júdice e Pedro Metello de Nápoles.²⁷

²⁵ No Acórdão da Relação de Évora de 5 de Junho de 2008 (Proc. n.º 876/08-3) considerou-se, de forma inteiramente correcta, que, para efeitos do disposto nos arts. 289.º e 389.º, n.º 1, alínea d), do CPC, se considera proposta a acção arbitral com início dos procedimentos para a constituição do tribunal, ou seja, quando se expede para a contraparte o requerimento para a constituição do tribunal arbitral *ad hoc* (art. 11.º da LAV). Este acórdão consta da base de dados da dgsi.

²⁶ Artigo sobre Portugal no *International Handbook on Commercial Arbitration*, Supl. 45, 2006, págs 19-20. Os autores referem que, antes de estar instituído o tribunal arbitral, as partes devem requerer as providências aos tribunais estaduais. Após a constituição do tribunal arbitral, há uma competência concorrente, mas é mais vantajoso requerer as providências ao tribunal estadual, porque este pode executá-los mais facilmente. No mesmo sentido, Lima Pinheiro, *A Arbitragem Transnacional* cit., págs. 86-87, nota (169) e Miguel Teixeira de Sousa, *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, Lisboa, Lex, 1993, pág. 118.

²⁷ *Arbitration World*, 2ª ed., 2006, págs. 285-286; estes autores distinguem as verdadeiras medidas cautelares tipificadas no Código de Processo Civil de decisões interlocutórias injuntivas dos árbitros. No sentido de que os tribunais arbitrais não têm competência para decretar medidas cautelares previstas no Código de Processo Civil vejam-se

O Acórdão de 20 de Abril de 2006 da Relação de Lisboa revogou uma decisão de primeira instância que tinha julgado oficiosa e liminarmente procedente uma excepção de incompetência absoluta do tribunal judicial para decretar o arresto requerido, atendendo à existência de uma convenção de arbitragem. Na fundamentação do acórdão, considerou-se que não estava em causa a incompetência absoluta ou relativa do tribunal judicial decorrente da violação da convenção de arbitragem, sofrendo antes a decisão de nulidade porque o conhecimento da excepção em causa não era oficioso (art. 495.º CPC). A título subsidiário, sustentou a decisão, louvando-se num estudo da Prof.^a Paula Costa e Silva sobre a arbitrabilidade dos procedimentos cautelares, onde se defende que, estando em causa o pedido de decretamento de um arresto, tal pedido cai necessariamente fora da competência dos tribunais arbitrais, por pressupor o exercício de poderes de autoridade.

No Acórdão da Relação do Porto de 17 de Maio de 2005, foi igualmente revogada uma decisão de primeira instância que julgara procedente a excepção de violação da convenção de arbitragem deduzida pelo requerido de um procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais. Louvando-se no citado estudo da Prof.^a Paula Costa e Silva, pode ler-se no referido acórdão:

"... não se arreda, à partida, a possibilidade de intervenção do tribunal arbitral no julgamento de um procedimento cautelar, desde que expressamente a convenção de arbitragem o preveja (arts. 1.º e 2.º da Lei 31/86) e tal procedimento não envolva ou pressuponha o uso do jus imperii por parte do tribunal que decreta a providência requerida, condições que, no caso em apreço, não se verificam. Fora desses casos, a competência para conhecer e julgar os procedimentos cautelares deve caber aos tribunais comuns."

os Acórdãos da Relação de Lisboa de 3 de Fevereiro de 1998, sumariado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 474, pág. 542, de 26 de Setembro de 2000 (Proc. n.º 0006361), de 12 de Dezembro de 2002 (Proc. n.º 0089192) e, quanto ao arresto e à suspensão de deliberações sociais, os Acórdãos da Relação de Coimbra de 9 de Abril de 2002 (in *CJ*, 2002, II, pág. 14) e da Relação do Porto de 17 de Maio de 2005 (na mesma *CJ*, 2005, III, pág. 164) respectivamente.

Em divergência clara com esta linha de orientação, o Acórdão da Relação de Lisboa de 18 de Setembro de 2008 (Proc. n.º 3612/2008-8), veio considerar que os tribunais arbitrais carecem de competência para decretar quaisquer providências cautelares, na linha da jurisprudência atrás citada. Estava em causa um procedimento cautelar de embargo de obra nova, tendo o requerido deduzido a excepção de preterição do tribunal arbitral. A decisão da primeira instância absolvera o requerido da instância cautelar. No recurso interposto, a Relação de Lisboa, sem considerar a corrente jurisprudencial exemplificada nas decisões acabadas de referir, decidiu sumariamente a questão:

"Decorre da Lei 31/86, de 29/8, que, pese embora facultando-se às partes sujeitar a convenção de arbitragem quaisquer litígios não respeitante a direitos indisponíveis, não têm os tribunais arbitrais (art. 30.º c.º, d.º) competência para a execução das suas próprias decisões.

Limitação essa que se tem de interpretar como corolário do facto de, não detendo os referidos tribunais um verdadeiro jus imperii, não disporem os mesmos de poderes de coerção.

Por identidade de razão, e atenta a respectiva finalidade, solução paralela se deverá adoptar quanto à atribuição de competência para decretar procedimentos cautelares.

Tanto mais quanto, traduzindo-se tais procedimentos na adopção de providências conservatórias ou antecipatórias, não têm os mesmos propriamente como objectivo resolver litígios mas antes acautelar os direitos, cujo reconhecimento se visa na acção de que constituem dependência.

Acresce que, revestindo necessariamente os procedimentos cautelares natureza urgente, essa urgência não se conciliaria, em termos práticos, com a demora inerente à constituição de um tribunal arbitral" (o acórdão cita no sentido da regra de que os procedimentos cautelares estão subtraídos ao âmbito da jurisdição arbitral os acórdãos da mesma Relação de 20-4-2006, P. 3041/2006-2 e 12/12/2002-Jtrl 00046505, in www.dgsi.pt).

No ano de 2006, dois acórdãos da Relação de Lisboa versaram a questão do decretamento de vários arrestos sobre bens imóveis e móveis (incluindo arresto de contas bancárias) das partes de um processo arbitral e de terceiros, por decisão de um tribunal arbitral, em arbitragem institucionalizada.

Tratava-se da decisão de um Tribunal Arbitral constituído no âmbito de uma instituição de arbitragem ligada à Faculdade de Direito de Coimbra – PROJURIS – CENTRO DE ESTUDOS PROCESSUAIS CIVIS E JURISDIÇÃO, instituição de organização de arbitragens dirigida pelo Prof. João Álvaro Dias daquela Faculdade e que entretanto foi extinta.

O referido tribunal arbitral decretou arrestos sobre bens dos demandados e terceiros e pediu a colaboração do Tribunal Judicial de Mafra para que procedesse à apreensão dos bens sitos nessa Comarca, através da requisição da força pública.

O Tribunal Judicial de Mafra prestou-se a cooperar com o referido tribunal arbitral para a efectivação dos arrestos.

Entretanto, os demandados vieram deduzir oposição aos referidos arrestos, mas o Tribunal de Mafra declarou-se incompetente para conhecer dessa oposição, vindo essa decisão a ser confirmada pela 2.ª Secção da Relação de Lisboa.²⁸

No recurso de agravo, o Tribunal da Relação considerou que, por força das regras de delimitação do objecto do recurso, não podia pronunciar-se sobre a questão da arbitrabilidade das medidas cautelares, citando expressamente o estudo da Prof. Paula Costa e Silva sobre tal problemática. Num argumentação eminentemente formal, pode ler-se no citado Acórdão:

*"Assim, e se se atender unicamente ao regime legal próprio do procedimento cautelar de arresto, e das disposições dos procedimentos cautelares comuns que lhe são aplicáveis, não restam dúvidas de que a oposição ao arresto deve ser submetida à apreciação e julgamento do mesmo tribunal que, imperativamente sem audiência dos requeridos, decretou o arresto, sob pena de se admitir que as provas de uma parte e da outra sejam prestadas perante tribunais e jurisdições distintos e se quebrar a unidade de instância cautelar".*²⁹

²⁸ Acórdão de 9 de Novembro de 2006, in *CJ*, 2006, tomo V, págs. 82-85. Veja-se o comentário discordante de Mário Raposo a esta decisão, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, 2007, 1, págs. 433 e segs.

²⁹ *CJ*, 2006, V, pág. 84.

O raciocínio da Relação teve a ver com a coexistência de dois meios de impugnação não cumulativos das providências cautelares, a oposição e o recurso de agravo (arts. 385.º, n.º 2, e 388.º, n.º 1 do Código de Processo Civil), não tendo ponderado – provavelmente por falta de elementos de facto – que as decisões desses tribunais arbitrais da PROJURIS são insusceptíveis de recurso (art. 24.º do respectivo Regulamento). Tão-pouco abordou a questão de saber se poderia haver anulação de uma decisão arbitral interlocutória, nos termos do art. 27.º da LAV, dando de barato que poderia propor-se uma acção de anulação ou, na fase executiva, deduzir-se oposição à execução de sentença arbitral (LAV).

O argumento decisivo para a Relação foi o de que, no caso das providências cautelares – e abstraindo da questão da arbitrabilidade destas – a intervenção do tribunal judicial não tem carácter executivo, visto que o seu cumprimento integra a própria tramitação do procedimento, mantendo-se no plano declarativo e não violando o art. 30.º da LAV (providência cautelar perfeita, no dizer de Amâncio Ferreira, citado no Acórdão).

Esta decisão não é louvável, do ponto de vista do autor destas linhas.

A questão prévia da arbitrabilidade do arresto devia ter sido desde logo abordada e resolvida e, só na eventualidade de se entender que o tribunal arbitral podia ter decretado o arresto, é que teria sentido abordar a questão da competência ou jurisdição para a oposição.

No segundo Acórdão, da 7.ª Secção da Relação de Lisboa de 21 de Novembro de 2006³⁰, revogou-se a decisão do Tribunal Judicial de Mafra pela qual este tribunal se declarara incompetente para conhecer dos embargos de terceiro ao arresto de certos bens, decretado pelo mesmo tribunal arbitral da PROJURIS, decidindo-se que, "decretado um arresto por um tribunal arbitral e cumprido o mesmo, por apreensão efectiva dos bens, pelo tribunal de comarca ao qual a execução foi pedida, a dedução de embargos de terceiro por quem não é parte da convenção de arbitragem não pode ser dirigida àquele tribunal arbitral" (pág. 94 daquele tomo da *CJ*). In *casu*, seria competente o Tribunal de Mafra, nos termos do art. 73.º do CPC, por ser o lugar de situação dos bens arrestados (ou, por força do art. 83.º, 1, a), do CPC).

³⁰ in *CJ*, 2006, tomo V, págs. 91-92.

Convém notar que, em qualquer destes arestos, a Relação recusou-se, por razões de ordem processual, a afrontar a questão de arbitrabilidade dos procedimentos cautelares.

A título incidental, importa acentuar que o Prof. Álvaro Dias foi também um dos inspiradores da associação sem fins lucrativos IPCJ (Instituto Português de Ciências Jurídicas) que organizava institucionalmente procedimentos de conciliação e arbitragem. Numa brochura de divulgação deste Instituto pode ler-se a seguinte resposta à pergunta sobre os meios de dar efectividade a decisões em procedimentos cautelares instaurados nesse Tribunal Arbitral:

"1) No comum dos casos, o interessado requerente solicitará junto da Secretaria - Geral do Centro de Arbitragem, certidão da decisão proferida e procederá aos registos necessários (v.g. em caso de arresto ou separação judicial de bens), com o que se cumprirá integralmente a finalidade e o efeito útil da providência decretada.

*2) Se se mostrar necessário o recurso à força pública para efectivação das medidas cautelares decretadas (v.g., arresto com remoção, arrombamento, restituição provisória de posse, atribuição de alimentos provisórios), deverá a parte interessada e poderá o Secretário-Geral do Tribunal Arbitral solicitar ao Tribunal Judicial territorial e materialmente competente que marque dia e hora para a efectivação das diligências ou ordene o efectivo cumprimento das medidas arbitralmente decretadas."*³¹

Entretanto, este organismo deixou em 2008 de ter autorização do Ministério da Justiça para organizar arbitragens institucionalizadas.

20. Uma situação que é relativamente frequente em alguns ordenamentos ocorre quando é requerido um procedimento cautelar em certo Estado, o qual tem a ver com uma arbitragem que corre noutro Estado.

Põe-se então a questão de saber se é ou não possível decretar a providência cautelar nesse Estado, embora com dependência de uma acção arbitral que venha a correr ou já corra no estrangeiro. Tem havido res-

³¹ IPCJ - Centro de Mediação e Arbitragem - Estatutos e Regulamentos; págs. 10-11.

postas positivas, mais ou menos matizadas, no que toca à jurisprudência francesa e inglesa, estando a questão resolvida legislativamente em Itália (arts. 669-ter e 669-quater do CPC) e Espanha (arts. 723.º e 724.º da LEC de 2000).

A questão pôs-se há cerca de dez anos nos tribunais portugueses: um fabricante de automóveis sul-coreano celebrara um contrato de distribuição exclusiva com uma sociedade portuguesa, tendo sido estipulada no contrato uma cláusula compromissória que previa a constituição de um tribunal arbitral a funcionar na Coreia do Sul, o qual aplicaria o direito desse país; tendo sido resolvido o contrato de distribuição pela empresa fabricante, o distribuidor requereu uma providência cautelar não especificada em Portugal, pretendendo que o tribunal impedisse a celebração de novo contrato de distribuição com uma outra sociedade portuguesa.

O tribunal português (15.º Juízo Cível de Lisboa) admitiu a possibilidade de ser requerida uma providência cautelar em Portugal, não obstante a referida cláusula compromissória e o disposto no art. 83.º, n.º 1, c), do CPC, conjugado com o art. 65.º, n.º 1, b), do mesmo diploma. Admitiu também que, no caso concreto, os tribunais portugueses seriam internacionalmente competentes para decretar tal providência, vindo a julgar improcedente a providência requerida por ser contrária à lei, excessiva e por já ter ocorrido a efectiva violação que se queria evitar.

Podem ler-se na fundamentação dessa decisão:

"Ao nível da arbitragem internacional, são frequentes as disposições que salvaguardam a possibilidade das partes de recorrer aos tribunais estaduais para obterem medidas cautelares, ou que conferem aos árbitros poderes para eles próprios decretarem medidas provisórias [...]

*In casu, as partes obrigaram-se a submeter o seu litígio a um tribunal arbitral, a constituir na República da Coreia e segundo as regras do Conselho Arbitral Coreano, o que nos leva a discutir a competência internacional do tribunal. Isto é, o problema que nos coloca não é apenas o da possibilidade de recurso, tout court, ao tribunal estadual, mas também, sendo possível tal recurso, qual o tribunal internacionalmente competente."*³²

³² Caso Sonice/ Hyundai Motor Company, Proc. n.º 593/96, 15.º Juízo Cível de Lisboa, 3.ª Secção; decisão proferida pela Dr.ª Ana Paula M. Boularot, publicada in *CJ*, ano XXII, 1997, págs. 296-303. Veja-se ainda sobre a competência internacional dos

Nesta decisão, admitiu-se a possibilidade de haver competências concorrentes do tribunal estadual português e do tribunal estadual coreano. Acabou por se considerar que os tribunais coreanos seriam internacionalmente competentes para decretar essa providência cautelar, em função da prova do direito nacional coreano, sendo mais duvidoso que os tribunais portugueses tivessem idêntica competência.

Procurando evitar que, no caso concreto, o requerente da providência fizesse *forum shopping*, escreveu-se nesta decisão que a supressão na Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa de 1986 da regra consagrada no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 243/84 causava dificuldades e eventuais contradições no plano processual,

"... que nem a introdução do n.º 5 do art. 383.º do CP Civil de 1997, nos veio dilucidar o problema crucial que se põe a nível internacional, do recurso aos tribunais estaduais para obter medidas provisórias e cautelares, no caso em que exista uma cláusula compromissória: este problema não é o de saber, se possível, por que ponto a resposta tem de ser afirmativa, mas o saber qual o Estado cujo tribunal é o competente para conhecer de providência. E, posta a questão desta maneira, a nova lei [CPC 1997], face à sistematização legal, que se manteve inalterável, parece nada resolver; apenas colmatou a omissão legislativa da LAV, pois pressupõe, embora de forma imperfeitamente expressa no que se refere aos tribunais arbitrais, que é possível o recurso a medidas cautelares."

Esta sentença acabou por se inclinar para a competência internacional dos tribunais portugueses nos seguintes termos:

"E, porque a sujeição das partes a essa jurisdição arbitral, efetuada através de uma cláusula contratual, não afastou, como poderia afastar, o recurso a medidas cautelares, nem previu, como poderia prever, que apenas se poderia recorrer ao tribunal do lugar da arbitragem, neste caso, os tribunais coreanos, se as partes tivessem de recorrer a tais medi-

tribunais portugueses para decretar medidas cautelares, apesar de haver uma convenção de arbitragem que previa um tribunal arbitral a funcionar no estrangeiro, o Acórdão da Relação de Lisboa de 2 de Dezembro de 2003 (Proc. 6985/2003-7), in www.dgsi.pt, jul.

das, e porque a Convenção de Nova Iorque, da qual Portugal e a República da Coreia são partes, nomeadamente o artigo 2.º da mesma, nunca foi interpretada no sentido de excluir a competência do juiz estadual para decidir sobre medidas provisórias e cautelares, podemos admitir que, neste particular, atentas as características de celeridade e urgência, apatrimónio das providências cautelares, o tribunal português seja competente para delas conhecer, competência essa que se limita, no seu sentido concreto, ao qualitativo, isto é, a susceptibilidade de exercício pelo tribunal da apreciação de uma certa causa.

E, seguindo essa interpretação, podemos admitir que este tribunal é internacionalmente competente."

21. Da argumentação sintetizada ressalta a ideia, que parece correcta, de que o novo n.º 5 do art. 383.º do CPC se aplica também aos tribunais arbitrais que estejam constituídos fora do território português. Na opinião do Prof. Lebre de Freitas, constitui "ônus do requerido a alegação e, salvo quando se tratar de facto negativo, a prova de qualquer facto determinante da caducidade da providência, quando o procedimento cautelar dependa duma acção da competência de tribunal arbitral, caso em que a competência para as providências cautelares é do tribunal judicial"³³. Para este autor, parece que o direito português reserva a apreciação de quaisquer providências cautelares aos tribunais estaduais, admitindo, quando muito e de harmonia com a doutrina alemã anterior à alteração da ZPO de 1997, que os tribunais arbitrais, quando expressamente autorizados pelas partes, possam emitir providências cautelares visando antecipar provisoriamente a decisão definitiva.³⁴

22. Como se viu, a opinião de Lebre de Freitas é a de que existe tendencialmente um monopólio legal a favor dos tribunais estaduais, no direito português, no que toca à apreciação de pedidos de providências

³³ Lebre de Freitas/Rui Pinto/Montalvão Machado, *Código Processo Civil Anotado*, II, 2001, pág. 20. Veja-se a 2.ª ed., de 2008, da obra, pág. 20.

³⁴ *Introdução ao Processo Civil*, 1.ª ed., 1996, pág. 66, nota (20); na 2.ª edição, de 2006, págs. 70-71, nota (20); "Algumas Implicações da Natureza da Convenção da Arbitragem" in *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pág. 851.

cautelares, só podendo admitir-se medidas antecipatórias da decisão final desde que previstas na convenção de arbitragem.³⁵

Na doutrina mais recente, a Prof. Paula Costa e Silva tomou em 2003 posição menos rígida num estudo sobre a arbitrabilidade das providências cautelares, fundada na lição de direitos estrangeiros, sobretudo da doutrina alemã recente, publicada após a alteração do ZPO em 1997, em matéria de arbitragem.

A tese agora defendida por Paula Costa e Silva parece-nos correcta, como tivemos ocasião de sustentar anteriormente à sua publicação, no referido estudo de 1995. Aliás, já em 1989, o autor destas Notas e o Dr. António Serra Lopes, ao apresentarem um projecto de lei de arbitragem voluntária para Macau, formularam proposta de consagração da possibilidade legal de os tribunais arbitrais decretarem medidas cautelares, na linha do art. 17.º da Lei-Modelo da CNUDCI. Tal solução veio a ser consagrada em 1996, como vimos, prevendo-se que, no caso de não ser acatada a decisão do tribunal arbitral, este poderia "solicitar ao Tribunal Judicial de 1.ª instância de Macau" que decidisse sobre a conveniência das medidas ordenadas e determinasse a sua eventual execução.³⁶ No mesmo sentido se podem apontar as posições de Miguel Teixeira de Sousa e de Luís de Lima Pinheiro.

De harmonia com este entendimento, que é predominante entre os cultores do direito da arbitragem comercial internacional, as partes de uma convenção de arbitragem podem pactuar nesta que o tribunal arbitral poderá decretar providências cautelares, desde que tais providências se dirijam a uma das partes do processo arbitral e não impliquem o exercício de *ius imperii* (sistema de "opt in") Não estando expressa

³⁵ No mesmo sentido, Raúl Ventura, "Convenção de Arbitragem", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, 1986, II, pág. 342, o qual afirma "não ter o tribunal arbitral competência para o processo cautelar de suspensão de deliberações sociais, porque, salvo raras excepções, não tem competência para nenhuma medida preventivas e conservatórias". Também se pronuncia quanto à competência dos tribunais estaduais portugueses para decretar medidas cautelares Manuel Pereira Barrocas, "Contribuição para a Reforma da Lei de Arbitragem Voluntária", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67 (2007), I, págs. 286-288, sustentando que outra deve ser a solução de *jure condendo*.

³⁶ Art. 23.º, n.º 4, do Anteprojecto; art. 24.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 29/96/M, de 11 de Junho.

na convenção de arbitragem a questão das providências cautelares, nem tão-pouco em escrito posterior (por exemplo, em eventual contrato celebrado com os árbitros), há-de entender-se que, "apesar de as partes não terem previsto expressamente uma competência cautelar, pode resultar do modo como regularam a competência do tribunal arbitral que este tenha poderes para conhecer e decidir tudo quanto respeite a determinado objecto. Se assim for, podem entender-se todas e quaisquer providências cautelares conexas com esse objecto como necessárias à efectiva resolução do litígio. No final, tudo dependerá da determinação do sentido juridicamente relevante da convenção".³⁷

Esta solução é sustentável porque a nossa Lei (LAV) é amistosa para com a arbitragem (*Kompetenzfreundlich*). Há-de, porém, ser sempre possível às partes recorrer aos tribunais estaduais enquanto não estiver constituído o tribunal arbitral, sob pena de se frustrar a exigência de celeridade, sendo indispensável a intervenção do tribunal estadual quando devam ser aplicadas medidas que impliquem o exercício de poderes de autoridade, nomeadamente quando os destinatários sejam terceiros ou quando tenham de ser executadas pela força certas medidas cautelares (restituição provisória da posse; arresto, nomeadamente quando este recaia sobre bens registáveis, em que a indisponibilidade resulta da inscrição do arresto no registo, tal como sucede com a penhora; suspensão de deliberações sociais, dado que a sociedade fica impedida de as executar a partir de citação, etc.).

Muito recentemente, o Prof. Calvão da Silva pronuncia-se também no sentido da competência dos tribunais arbitrais – cuja decisão, embora proveniente de um órgão privado, "não carece de homologação judicial para adquirir os atributos da sentença do tribunal do Estado: a imperatividade e a autoridade de caso julgado"³⁸ – para decretar providências cautelares quando autorizadas pela convenção de arbitragem, muito

³⁷ Paula Costa e Silva, "A Arbitrabilidade das Medidas Cautelares", in *ROA*, 63, 2003, I-II, págs. 230-231. Deve notar-se que o tribunal arbitral nunca tem competência para decretar medidas provisórias contra terceiros (cfr. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* cit., II, pág. 1965).

³⁸ "Tribunal Arbitral e Providências Cautelares", in *Centro de Arbitragem Comercial, I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa* – *Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2008, pág. 99.

embora os poderes do tribunal arbitral acabem onde seja necessária a aplicação de medidas coercitivas. Por isso, o tribunal arbitral carece da colaboração do juiz estatal "na ordenação de (necessárias) providências cautelares não requeridas ou não autorizadas por ambas as partes, bem como na execução ou actuação forçada de medida cautelar decretada (a requerimento ou com autorização dos compromitentes) mas não acatada espontaneamente por aquele contra o qual foi ordenada"³⁹. De jure condendo, este Professor sustenta ser desejável que o legislador venha a reconhecer, de forma expressa, ao tribunal arbitral a faculdade de decretar providências cautelares a pedido de uma das partes, salvo convenção em contrário dos promitentes; embora deva ser requerida a cooperação do tribunal estadual para a execução ou actuação forçada da providência, no caso de não ser acatada voluntariamente.

Calvão da Silva, influenciado pela doutrina alemã, admite que o tribunal arbitral possa decretar um arresto, necessariamente sem prévia audiência do requerido indo mais longe do que a Prof.^a Paula Costa e Silva, sustentando que a intervenção do tribunal judicial só é exigível na execução desse arresto, para se proceder à apreensão efectiva do bem:

"Nos imóveis e móveis sujeitos a registo a apreensão considera-se feita, em relação a terceiros, mediante a inscrição do arresto no registo (cfr. art. 2.º, al. n), e art. 5.º, n.º 1, al. h) do Registo da Propriedade Automóvel - Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro). Cooperação essa, a do tribunal judicial, confinada à execução da providência decretada pelo tribunal arbitral, não a podendo revogar ou alterar".⁴⁰

Não parece aceitável esta posição de Calvão da Silva, pois, por um lado, exige que o tribunal arbitral esteja autorizado pelas partes na convenção de arbitragem (ou em escrito posterior) para decretar medidas cautelares e, depois, vai ao ponto de admitir que sejam decretados arrestos pelo tribunal arbitral sem prévia audição do requerido, ficando os tribunais sujeitos a executar a providência decretada, sem qualquer controlo. De facto, e como é posto em relevo pela doutrina, o arresto – tal

³⁹ Artigo cit., pág. 100.

⁴⁰ Artigo cit., pág. 10.

como a restituição provisória da posse, a entrega da coisa objecto da locação financeira e o cancelamento do correspondente registo e a apreensão de veículo automóvel – são providências cautelares perfeitas na medida em que, uma vez decretadas, são de imediato executadas ou efectivadas pelo funcionário judicial, com ou sem auxílio da força pública, ou pela autoridade judicial, mesmo quando o bem esteja na posse de terceiros.

Gonçalves Malheiro, na monografia já citada, adopta uma posição restritiva quanto à possibilidade de os tribunais estaduais decretarem medidas de natureza cautelar quando exista uma convenção de arbitragem. Em tese geral, este Autor sustenta que os tribunais estaduais só podem decretar medidas cautelares em casos contados, porquanto quer a lei, quer os chamados poderes implícitos dos árbitros impõem a competência-regra dos tribunais arbitrais na matéria (é duvidoso se Gonçalo Malheiro tem em vista o caso particular da LAV portuguesa). Para ele, os tribunais estaduais só podem decretar medidas cautelares nos seguintes casos:

"1. Existência de uma lei imperativa impedindo que um Tribunal Arbitral decrete uma medida cautelar.

2. Quando o decretamento da providência cautelar implique o uso dos denominados poderes de autoridade ou coercivos – jus imperii – pelo Tribunal Arbitral como é o caso do arresto.

3. Quando o Tribunal Arbitral ainda não está formado ou os árbitros nomeados.

4. Quando a medida cautelar tenha impacto sobre os direitos de uma terceira parte.

5. Quando o Tribunal [Arbitral] esteja paralisado por qualquer razão.

6. Quando as partes decidem excluir por acordo a intervenção do Tribunal Arbitral.

7. Quando seja mais eficaz para efeito de defesa do direito e do interesse das partes o recurso ao Tribunal Comum [estadual].

8. Quando a medida cautelar seja decretada sem que seja ouvida a parte contrária (o que dificilmente vem a ocorrer num Tribunal Arbitral)."⁴¹

⁴¹ Os Poderes Concorrenciais cit., págs. 73-74.

Esta posição inspira-se na solução adoptada pela Secção 44.º do *Arbitration Act* inglês de 1996 e, no fundo, pressupõe a resposta afirmativa a um conjunto de questões encadeadas: saber se a lei da arbitragem aplicável autoriza os tribunais arbitrais a decretar medidas provisórias; respondida afirmativamente a questão, saber se a convenção de arbitragem ou o regulamento da instituição aplicável permite que o tribunal arbitral decrete a medida cautelar pretendida; em caso de resposta afirmativa, saber se o tribunal arbitral já está constituído; e, por último, havendo resposta afirmativa, saber se as medidas cautelares decretadas pelos árbitros serão eficazes.

Deve notar-se que, no plano do Direito Comunitário, o Tribunal da Justiça das Comunidades Europeias admitiu em 1998, no caso *van Uden*, que uma decisão de um tribunal holandês de antecipação do montante da pretensão submetida a tribunal arbitral (instituto de "*Kort geding*", análogo ao *référé-provision* francês) provinha do tribunal competente nos termos do art. 24.º da Convenção de Bruxelas então em vigor, considerando que existia a competência do tribunal estadual para decretar esta medida provisória desde que houvesse "um vínculo de conexão real entre o objecto das medidas requeridas e a jurisdição territorial do Estado Contratante do tribunal perante o qual a medida é solicitada". Nesta decisão, o Tribunal de Luxemburgo exigiu que a providência em causa, para ser reconduzida ao art. 24.º da Convenção de Bruxelas, pressupusesse que, em caso de improcedência da acção principal, o montante fosse devolvido ao requerido e, em segundo lugar, que a medida solicitada só se referisse a bens específicos do requerido localizados ou em vias de localização nos limites da jurisdição territorial do tribunal onde se requereu a medida. Veja-se, hoje, o art. 31.º do Regulamento Comunitário n.º 44/2001.

Também a jurisprudência francesa admite que os tribunais estaduais decretem a entrega provisória pelo requerido do montante exigido pelo requerente, quando ambos estão vinculados por uma convenção de arbitragem, – (*référé-provision*) – desde que tal entrega seja feita a título provisório, dependendo do sentido da sentença arbitral final, e desde que não esteja ainda constituído o tribunal arbitral, existindo uma situação de urgência⁴².

⁴² Cfr. *Fouchard, Gaillard/Goldman on Arbitration* cit., págs. 731-733.

VI – O Futuro das Medidas Cautelares Decretadas pelos Tribunais Arbitrais

23. Traçada uma panorâmica em termos de direito internacional convencional da arbitragem, de análise dos estatutos de alguns centros de arbitragem internacional bem conhecidos no domínio de arbitragem institucionalizada e de comparação de soluções de diferentes direitos estaduais, importa, prosseguir para tentar surpreender as linhas de evolução futura desta problemática.

Parece-nos que é aceite, no domínio da prática arbitral, a ideia de que são indispensáveis as medidas cautelares no processo arbitral, medidas "destinadas a manter uma situação de facto ou de direito com a finalidade de salvaguardar direitos cujo reconhecimento é solicitado, de resto, ao juiz do mérito".⁽⁴³⁾ Trata-se de medidas de natureza conservatória que são determinadas a título provisório para tutela dos direitos das partes ou disciplina da situação existente entre estas durante a pendência do processo, caracterizando-se pela instrumentalidade em relação ao processo principal, as quais só podem ter como destinatárias as partes do processo arbitral.

No quadro das medidas provisórias ou conservatórias – noção que é mais ampla do que a de procedimentos cautelares, tal como regulados na legislação portuguesa – que os árbitros podem tomar, sem que pressuponham o exercício de poderes de autoridade que eles não detêm, podemos distinguir, seguindo a exposição de J. François Poudret e Sébastien Besson⁽⁴⁴⁾, medidas de três tipos:

- medidas destinadas a salvaguardar provas (*Beweis-Sicherung*);
- garantias de custos da arbitragem (*Security for costs*);
- medidas destinadas a antecipar um resultado provavelmente favorável (*référé provision*) – pagamentos antecipados ao credor,

⁴³ Noção de medida cautelar constante do Acórdão *Reichert II* do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias do Luxemburgo.

⁴⁴ *Droit Comparé de l'Arbitrage International*, 2002, págs. 548 e segs. Na 2.ª ed., em língua inglesa, de 2007 (*Comparative Law of Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell – Thomson, Londres, 2007), págs. 519-520.

depósito de fundos para assegurar uma eventual condenação do demandado, condenações provisórias, etc.

Tais medidas são decretadas por decisões tomadas, através de um processo simplificado e com base numa apreciação sumária (*summaria cognitio*), revestem-se de natureza provisória, podendo ser revogadas ou alteradas no decurso do processo, se ocorrer uma mudança de circunstâncias. Tais decisões não gozam, por isso, da autoridade de caso julgado.

Por seu turno, Ali Yesilirmak considera que as medidas provisórias – definidas, de modo amplo, como providências ou medidas de natureza curativa (*remedies*) que visam a salvaguarda dos direitos das partes de um litígio durante a pendência do processo até à sua decisão final – se reconduzem a um dos seguintes tipos:

- *medidas respeitantes à conservação da prova, que englobam sobretudo a produção antecipada de prova;*
- *medidas respeitantes à condução da arbitragem e às relações entre as partes durante o processo arbitral, tidas por mais frequentes, onde se incluem os despachos a determinar a execução do contrato durante o processo arbitral (sobretudo, nas empreitadas); os despachos a ordenar a omissão da prática de um acto até à prolação da sentença arbitral; despachos a ordenar a salvaguarda de bens (medidas específicas de protecção de bens, vendas antecipadas de bens deterioráveis; nomeação de um administrador dos bens); medidas de conservação de direitos (pagamento de taxas ou honorários para prorrogar a validade de direitos de propriedade intelectual); despachos a ordenar a limpeza de locais poluídos, etc;*
- *medidas destinadas a facilitar a execução futura da sentença – onde se incluem despachos a proibir a transferência de bens ou dos objectos em litígio para fora do território da arbitragem; despachos a ordenar o depósito em conta conjunta do montante em litígio ou o depósito de bens móveis à guarda de terceiros, despachos a ordenar a prestação de caução a uma das partes ou a ambas para garantia dos custos da arbitragem ou para garantia da eventual condenação no montante controvertido;*

– *condenações provisórias em pagamentos a fazer ao autor* – que são medidas provisórias atípicas.⁴⁵

Deve notar-se que não estão aqui contempladas medidas provisórias de natureza cautelar coactivas, do tipo do arresto ou do arrolamento, conhecidas dos direitos internos. As medidas acima indicadas visam, no fundo, “(re)distribuir o risco ligado à duração do processo”⁴⁶

Convém referir que é discutido se as medidas provisórias determinadas por um tribunal estadual em relação a um litígio arbitral relevam da lei processual da sede da arbitragem (*lex fori*) ou antes da lei que rege o mérito ou fundo do litígio (*lex causae*). De facto, a doutrina e a jurisprudência tendem a pôr em relevo que certas medidas antecipatórias, decretadas de forma cautelar, estão intimamente ligadas à futura decisão do mérito. Já quando são os tribunais arbitrais a exercer tais competências, em arbitragens internacionais, não pode falar-se propriamente de uma *lex fori*, tudo dependendo de saber se o tribunal arbitral se considera vinculado pelas estipulações das partes sobre as regras de processo. No dizer de J. F. Poudret e Sébastien Besson, “a jurisdição de um tribunal arbitral para ordenar medidas provisórias depende da *lex arbitrii* da sua sede [da arbitragem] (...). As condições para a emissão e o conteúdo de tais medidas resultam das regras processuais livremente acordadas pelas partes ou, na sua ausência, pelas regras estabelecidas pelos árbitros, ou decorrentes da *lex causae*. A escolha depende do modo como os árbitros qualificarem a medida ou a questão que lhes é submetida. Não é possível resolver a questão da qualificação *in abstracto*, e as categorias do sistema jurídico da sede não são necessariamente aplicáveis”⁴⁷.

Convém ainda acentuar que, tal como sucede nos direitos processuais civis, têm de verificar-se certos requisitos quando se trata da determinação pelos árbitros de medidas cautelares: tem de haver um pedido

⁴⁵ *Ob cit.*, pág. 10 a 15.

⁴⁶ Gabrielle Kaufmann-Kohler e Antonio Rigozzi, *Arbitrage International cit.*, pág. 242. Ver sobre os poderes para concessão de medidas provisórias na arbitragem internacional Gary B. Born, *International Commercial Arbitration cit.*, II, págs. 1980-2001.

⁴⁷ *Comparative Law of International Arbitration cit.*, pág. 535. Os autores acentuam que a posição referida ilustra as dificuldades do método das normas de conflitos no domínio das medidas provisórias.

de uma das partes (princípio do pedido, que veda ao tribunal arbitral decretar medidas cautelares "sua sponte", officiosamente), tem o tribunal arbitral de dispor de competência para julgar o litígio arbitral, tem de haver um *funus boni juris* (ou, na terminologia inglesa, um *prima facie case*), deve verificar-se um *periculum in mora* (urgência ou risco de ofensa dos direitos do requerente) bem como o risco de um prejuízo grave ("irreparável": "sério") se não for concedida a medida, e por último, a medida cautelar não pode prejudicar ou "pré-julgar" a sentença final, devendo o requerente prestar caução. Por regra, deve ser assegurado o contraditório da parte requerida, antes de ser decretada qualquer medida provisória, mas recentemente tem sido sustentado que podem ser decretadas medidas provisórias pelos tribunais arbitrais sem prévia audiência da parte requerida (medida cautelar *ex parte*). À frente referir-se-á esta questão.

Como se notou atrás, a experiência da arbitragem internacional mostra que os árbitros têm concedido medidas de diferentes tipos:

"1. medidas dirigidas a clarificar ou impor a continuação de uma relação contratual durante o processo arbitral (...):

- imposição ao empreiteiro da continuação dos trabalhos e/ou ao dono da obra de continuar a pagar as prestações de preço, se necessário numa conta escrow controlada pelo tribunal arbitral (...);
- autorização para suspender os trabalhos ou o cumprimento de outras obrigações contratuais;
- proibição de accionar uma garantia bancária ou ordem para devolver o montante de uma garantia bancária indevidamente accionada (...);
- proibição dirigida a uma das partes de continuar a vender produtos da outra (...).

2. medidas dirigidas a assegurar a execução efectiva da sentença final (...):

- ordem de congelamento de bens;
- ordem para conferir ao requerente uma garantia bancária (...).

3. ordem para fazer um pagamento provisório ("provision").

4. ordem para prestar garantia de custas (...).

5. reembolso de metade dos custos da arbitragem pagos por uma parte por conta da outra (...).

6. medidas relativas à conservação de provas (...):

- autorização para inspeccionar o local ou para mandar inspeccionar o local na eventualidade de alterações possíveis;
- acesso a máquinas (...);
- relatório pericial".⁴⁸

24. A literatura considerável sobre as medidas cautelares na arbitragem internacional evoluiu de uma fase em que se discutia apenas a competência dos árbitros para o seu decretamento, para uma fase em que, alcançado um certo consenso sobre essa competência, as preocupações passaram a dirigir-se para o eventual reconhecimento e execução de decisões provisórias e para a estruturação do relacionamento entre juizes estaduais e arbitrais no que toca à efectivação dessas medidas cautelares. É, no mínimo, duvidoso que as medidas cautelares constantes da decisão do tribunal arbitral possam ser executadas no estrangeiro, visto o reconhecimento das sentenças arbitrais pressupor, segundo a opinião doutrinária maioritária, que essas sentenças sejam finais, no âmbito da Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras (mas veja-se à frente o art. 17.º-I da Lei-Modelo da CNUDCI).

Mas está longe de se ter alcançado uma plataforma de entendimento estável, tanto mais que ainda se discute se a decisão de conceder medidas cautelares pelos árbitros pressupõe uma questão de competência destes – como é maioritariamente defendido – ou antes decorre dos poderes que lhes são atribuídos por lei para regular os termos de processo.

Por outro lado, admitindo-se que os tribunais estaduais mantêm a sua competência para decretar medidas cautelares, mesmo estando pendente um processo arbitral, importa reconhecer que muitos destes tribunais em países estrangeiros mostram relutância em decretar tais medidas,

⁴⁸ J. P. Poudret e Sébastien Besson, *Comparative Law* cit., págs. 538-539, Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* cit., II, págs. 1994-2011. Este autor aborda a questão "particularmente delicada" de o tribunal arbitral poder ordenar que uma das partes não proponha uma acção ou requeira um qualquer procedimento judicial relacionado com o litígio arbitral num tribunal estadual ("anti-suit order").

por sentirem que podem estar a condicionar a futura decisão do tribunal arbitral ou mesmo a torná-la inútil (por haver uma forte possibilidade de transacção entre as partes, após ser decretada uma medida cautelar). Importa referir que, como atrás se acentuou, certos tribunais norte-americanos foram ao ponto de considerar que o Art. II, n.º 3, da Convenção de Nova Iorque de 1958 excluía a competência dos tribunais norte-americanos para decretar providências cautelares quando houvesse convenção de arbitragem, embora tal jurisprudência viesse a ser desautorizada mais recentemente.

25. Relativamente aos esforços internacionais de aproximação dos regimes das leis nacionais sobre arbitragem, bastará referir a lentidão dos trabalhos de reforma do articulado da Lei-Modelo no seio da CNUDCI – o respectivo Grupo de Trabalho foi constituído em 2001 – para prova da dificuldade desta matéria, devendo chamar-se a atenção para as propostas de delegação norte-americana para ser consagrada a possibilidade de decretamento pelos árbitros de medidas cautelares sem prévio contraditório (medidas cautelares *ex parte*).

Em Janeiro de 2006 foi apresentado o texto do articulado que constitui o projecto de novo Capítulo IV-A consagrado às medidas cautelares e decisões preliminares, o qual foi aprovado pela CNUDCI em Julho do mesmo ano. Este capítulo subdivide-se em cinco secções que tratam sucessivamente das medidas provisórias (secção I), ordens preliminares (secção II), disposições aplicáveis às medidas provisórias e às ordens preliminares (secção III), reconhecimento e execução de medidas provisórias (secção IV) e medidas provisórias decretadas pelos tribunais estaduais (secção V).

A grande novidade é a criação de uma nova figura de ordem preliminar, algo que pretende ser uma medida prévia à medida cautelar, por assim dizer, a tutela da tutela cautelar. Uma autora espanhola, Silvia Barona Vilar, designa esta figura da ordem preliminar (*preliminary order*) como uma medida cautelar “descafeinada” ou medida “*tutti frutti*”, isto porque se trata de uma mescla de componentes que podem provir de outros ordenamentos estaduais, sendo desconhecidas de muitos outros. Nas palavras da mesma autora, a natureza destas ordens preliminares aponta para que se trate de “decisões imperativas arbitrais que pretendem favorecer, garantir e assegurar, até certo ponto, que o desenvolvimento

do processo, incluindo a eventual medida cautelar que se adópte pós-decisão preliminar, seja efectiva”.⁴⁹

Podem dizer-se que a ordem preliminar é uma medida imediata de “congelamento” do *status quo*, para evitar prejuízos sérios recados pelo requerente, utilizável quando seja pedido o decretamento de uma medida cautelar sem prévio contraditório do requerido.

Deve notar-se que, ao ser redigida a Lei-Modelo na década de oitenta, foi altamente discutida entre as delegações a questão do eventual conflito entre os tribunais de certo Estado e o tribunal arbitral quanto ao decretamento de medidas cautelares, tendo prevalecido a opinião de que tal questão não devia ser resolvida pela Lei-Modelo, antes cabendo a sua solução aos tribunais estaduais envolvidos.⁵⁰

Ora, o Projecto, entretanto aprovado em Julho de 2006, pretendeu ir mais longe, legitimando plenamente as medidas cautelares decretadas pelo tribunal arbitral e as eventuais ordens preliminares que as antecedem. Para tal, propõe uma regulamentação detalhada.⁵¹

O texto primitivo do art. 17.º é parcialmente reproduzido no novo articulado como n.º 1 desse artigo. A noção e os tipos de medidas cautelares passam a constar do novo n.º 2:

⁴⁹ *Medidas Cautelares en el Arbitraje*, Madrid, 2006, pág. 116. Sobre a nova redacção da Lei-Modelo, em especial sobre o Capítulo IV-bis, veja-se, entre nós, Ana Paula Matos Martins, *A Tutela Cautelar na Lei-Modelo da CNUDCI e a Revisão da Lei de Arbitragem Voluntária*, 2008, ainda inédito. Ver ainda Daniel Girsberger e Nathalie Voser, *International Arbitration in Switzerland*, Zurique, Basileia, Genebra, Schuethess, 2008, págs. 231 e segs.

⁵⁰ Cfr. Aron Broches, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Boston, 1990, pág. 91.

⁵¹ Cfr. Doc. UN-AG, A/CN.9/592, de 27 de Fevereiro de 2006. O texto final aprovado pela CNUDCI na sua 39.ª sessão anual resulta do Documento A/60/17, disponível em www.uncitral.org. Em 4 de Dezembro de 2006, a Assembleia Geral da ONU recomendou aos Estados membros que acolhessem favoravelmente nos seus Direitos os artigos revistos da Lei-Modelo da CNUDCI (Resolução A/RES/61/33, tomada na 64.ª reunião plenária da 61.ª sessão). Sobre o art. 17.º-B veja-se Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* cit., II, págs. 2016-2018 (o autor é muito crítico da inovação das *preliminary orders*, pondo em destaque que as mesmas não são susceptíveis de execução imediata, o que as torna relativamente inofensivas).

"2. Entende-se por medida provisória uma medida temporária, tomada ou não através de sentença, através da qual, em qualquer momento anterior à prolação da sentença que decide definitivamente o litígio, o tribunal arbitral ordena a uma parte que:

- a) Mantenha ou reponha o *status quo* durante a pendência do litígio;
- b) Adote medidas para evitar um dano actual ou iminente ou um prejuízo quanto ao próprio processo arbitral ou se abstenha de praticar actos que com probabilidade causem tal dano ou prejuízo;
- c) Ponha à disposição um meio de preservar bens que possibilitem a execução da sentença subsequente, ou
- d) Conserve meios de prova que possam ser relevantes e pertinentes à resolução do litígio."

O novo art. 17.^o-A (designada na versão inglesa "bis", tendo aí sido adoptada a sequência dos números em latim) estabelece que o requerente da medida provisória ou cautelar deve apresentar ao tribunal arbitral provas convincentes de que a não concessão da medida irá provavelmente causar um dano não ressarcível adequadamente mediante indemnização, notoriamente mais grave do que o dano que possa sofrer a parte afectada pela medida cautelar, se esta for concedida, e, por outro lado, de que existe a possibilidade razoável de procedência do seu pedido quanto ao mérito – o chamado *fumus boni juris* –, desde que qualquer decisão do tribunal arbitral a respeito da dita possibilidade não prejudique de algum modo uma decisão subsequente a que possa chegar o mesmo tribunal.

A noção de ordem preliminar (*preliminary order*) – que é um conceito diferente de medida provisória ou cautelar (*interim measure*) – liga-se ao pedido de medidas cautelares sem prévio contraditório (*interim measures ex parte*). Teve origem em propostas norte-americanas sobre arbitral *ex parte interim relief*, as quais foram muito criticadas sobretudo por causa da natureza consensual da arbitragem voluntária e da relevância no processo arbitral do princípio do contraditório.

Transcreve-se o respectivo artigo:

Art. 17.^o-B

Pedido de uma ordem preliminar e condições para a sua emissão:

"1. Salvo convenção em contrário das partes, qualquer destas pode, sem dar conhecimento a qualquer outra parte, requerer uma medida pro-

visória bem como pedir conjuntamente uma ordem preliminar destinada a que o tribunal arbitral ordene a uma parte que não inviabilize a finalidade da medida provisória requerida.

2. O tribunal arbitral pode emitir uma ordem preliminar sempre que considere que a notificação do requerimento da medida provisória, à parte contra a qual a medida provisória foi dirigida, pode criar o risco de inviabilização da medida requerida.

3. As condições definidas no artigo 17.^o-A, serão aplicadas a qualquer ordem preliminar na medida em que o dano, avaliado em função do disposto na alínea a) do n.^o 1.^o do artigo 17.^o-A, seja aquele que provavelmente resultará da concessão, ou não, da ordem preliminar."

A adjectivação das ordens preliminares consta do novo Art. 17.^o-C que, pela sua importância, também se transcreve:

Art 17.^o-C

Regime específico das ordens preliminares

"1. Imediatamente após a decisão do tribunal arbitral sobre o pedido de uma ordem preliminar, deve o tribunal arbitral notificar todas as partes do requerimento de uma medida provisória, do pedido de uma ordem preliminar, da eventual concessão de ordem preliminar e de todas as outras comunicações entre qualquer parte e o tribunal arbitral respeitantes a essas medidas, incluindo a indicação do conteúdo de qualquer comunicação oral.

2. Simultaneamente, deve o tribunal arbitral conceder à parte contra quem a ordem preliminar foi decretada a oportunidade de, o mais cedo possível, se pronunciar em relação ao decidido.

3. O tribunal arbitral deve proferir decisão imediata sobre qualquer oposição à ordem preliminar.

4. A ordem preliminar caduca depois de decorridos 20 dias a contar da data em que foi decretada pelo tribunal arbitral. Contudo, pode o tribunal arbitral decretar uma medida provisória que acolha ou altere o conteúdo da ordem preliminar, após notificação à parte contra quem a ordem preliminar foi decretada e concessão de oportunidade para se pronunciar sobre a mesma.

1. A ordem preliminar vincula as partes mas não é susceptível de execução por um tribunal. A ordem preliminar não constitui uma sentença."

O art. 17.º-D prevê que o tribunal arbitral pode modificar, suspender ou revogar as medidas provisórias decretadas ou as ordens preliminares proferidas, a requerimento de uma parte ou, em circunstâncias excepcionais, por iniciativa própria, mediante prévia notificação às partes.

O art. 17.º-E estabelece que o tribunal arbitral poderá exigir ao requerente de uma medida provisória a prestação de uma garantia adequada, devendo o mesmo tribunal exigir ao autor do pedido de ordem preliminar uma garantia relativa a tal pedido, salvo se considerar tal exigência inadequada ou desnecessária.

O art. 17.º-F impõe ao requerente de medidas provisórias ou de ordens preliminares que comunique ao tribunal arbitral a ocorrência de alterações das circunstâncias que estiveram na base do pedido ou da concessão, sendo mais exigente no que toca ao requerente da medida provisória, como facilmente se compreende, dada a duração desta, em comparação com a da ordem preliminar.

O art. 17.º-G regula a responsabilidade do requerente de uma medida provisória ou de uma ordem preliminar, se vier a ser considerada injustificada qualquer delas.

Diferentemente do que sucede com a ordem preliminar, a medida provisória é susceptível de ser executada nos tribunais estaduais, salvo se o tribunal arbitral decidir diversamente. Tal execução deve ocorrer no foro judicial competente, qualquer que seja o país em que tenha sido decretada. O tribunal estadual poderá exigir a prestação da caução pela exequente (art. 17.º-H).

O art. 17.º-I regula o reconhecimento e execução de decisões dos tribunais arbitrais que decretam medidas provisórias, prevendo os fundamentos de recusa de tal reconhecimento ou execução.

O art. 17.º-J, único da última secção, estabelece que o tribunal estadual tem o mesmo poder de decretar medidas provisórias adequadas às finalidades de qualquer procedimento arbitral, cuja sede se encontre no país do tribunal ou em outro país, que tem em relação aos processos pendentes nos tribunais judiciais e exerce tal poder de harmonia com as suas próprias regras e processos, na medida que estes sejam adequados em relação às características específicas de uma arbitragem internacional.

26. A descrição feita do novo regime adoptado – que é analisado por Sílvia Barona Vilar e Ana Paula Matos Martins – mostra que o mesmo é

muito detalhado, constituindo um novo salto qualitativo na consolidação da regra de que o tribunal arbitral pode conceder tutela cautelar, tal como os tribunais estaduais. Em especial, importa acentuar a importância do art. 17.º-I que prevê o reconhecimento e execução pelos tribunais estaduais das decisões dos tribunais arbitrais que decretam medidas provisórias, o que constitui uma verdadeira revolução na matéria.

Pode dizer-se que a grande novidade é a ordem preliminar, a qual tem uma vigência de 20 dias, como, de resto, fora proposto pela delegação norte-americana na CNUDCI ao Grupo de Trabalho II em 2002 (medida provisória transitória *ex parte* ou *inaudita altera parte*). O Grupo de Trabalho II adoptou esta designação – contraposta à da medida provisória (*interim measure*) – para pôr em realce a natureza eminentemente provisória e excepcional, mostrando que tem um âmbito e finalidade distintos das medidas provisórias. Como refere Ana Paula Matos Martins, a solução de compromisso obtida no Grupo de Trabalho II sobre ordens preliminares “só foi possível após ter ficado assente que as ditas ordens preliminares não só não seriam admitidas se fossem excluídas por acordo das partes, mas igualmente, não teriam natureza idêntica à da sentença arbitral (*«awards»*), equivalendo antes a uma «decisão procedimental» (*«procedural order»*) e não poderiam ser objecto de execução, em caso de incumprimento”³². Mesmo assim, a Câmara de Comércio Internacional (CCI) foi altamente crítica e chegou a propor a eliminação das ordens preliminares, afirmando que, “com base na nossa experiência, não temos razões para crer que as partes esperem ou pretendam que o tribunal arbitral tenha competência *ex parte*”, sustentando que a Lei-Modelo servirá “melhor o fomento de arbitragem internacional se as suas disposições se mantiverem de acordo com as razoáveis expectativas e objectivos comuns das partes”³³.

Também foi altamente discutido, a propósito do art. 17.º-B, se se deveria adoptar uma solução de *opt in* (“caso tenha sido expressamente convencionado pelas partes”) ou uma *opt out rule* (“salvo convenção em contrário das partes”), acabando por prevalecer na redacção definitiva esta última solução.

³² *Estado cit.* pág. 10.

³³ Transcrito em Ana Paula Matos Martins, *Estado cit.*, pág. 18.

Ana Paula Matos Martins, no seu estudo várias vezes citado, afirma o seguinte:

"Como resulta do acima exposto, o novo Capítulo IV-A da LMC [Lei-Modelo da CNUDCI], sob a epígrafe «Medidas cautelares e ordens preliminares», veio aditar diversos preceitos ao antigo artigo 17.º, subdividindo-se em cinco secções.

Numa primeira avaliação, é justo dizer-se que, no conjunto geral, as alterações introduzidas nesta matéria acrescentam clareza e eficácia ao texto de 1985, procurando não fazer perigar a vocação de «lei padrão» que traduz a essência da LMC.

Desde logo, afigura-se-nos útil a definição do conceito de «medida cautelar» (corpo do artigo 17.º, número 2).

Maior relevância assume a decisão de considerar indiferente a forma que reveste a medida cautelar decretada por árbitros (sentença ou qualquer outra forma), mormente quando articulada com o regime de reconhecimento e execução das medidas cautelares resultante dos n.ºs 17-H e 17-I [...]

A verdadeira prova de fogo depende, pois, dos legisladores nacionais, mas estamos convictos de que a versão de 2006 tem as virtualidades da adequação e da flexibilidade que levarão à sua adopção com o mínimo de alterações ao texto proposto pela CNUDCI."⁵⁴

A mesma Autora é bastante crítica quanto à consagração das ordens preliminares.

Restará averiguar se os Estados que já consagraram as soluções da Lei-Modelo nos seus respectivos direitos internos estarão dispostos a acolher esta complexa regulamentação, parecendo provável que tal não venha a suceder tão cedo.⁵⁵

⁵⁴ Estudo cit., pág. 16 e 18.

⁵⁵ Cfr. Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby e Constantine Partasides, *Teoria y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4.ª ed., tradução espanhola, 2006, págs. 474-475. A verdade é que já há Estados que acolheram na sua legislação interna a nova regulamentação de 2006. É o caso da Eslovénia (2008), da Irlanda (2008), da Nova Zelândia (2007) e do Peru (2008). Cfr. Ana Paula Matos Martins, *A Tutela Cautelar* cit., pág. 15. Gary B. Born afirma que nenhum Estado adoptou até hoje as soluções da Lei-

27. Por sugestão do Ministério da Justiça, a Associação Portuguesa de Arbitragem elaborou no primeiro trimestre de 2009 um articulado de uma nova Lei de Arbitragem Voluntária, que foi apresentado ao Ministro da Justiça no final de Abril deste ano.

Trata-se de um projecto de lei claramente inspirado pela Lei-Modelo da UNCITRAL, na versão alterada em 2006, muito embora recolha soluções sobre a chamada arbitragem internacional que constam da LAV de 1986. No que respeita às providências cautelares, acolhe-se um regime inspirado no novo Capítulo IV-A da Lei-Modelo. Foi já iniciado o processo legislativo em relação a tal projecto, sendo, porém, praticamente certo que a nova lei não será ainda aprovada na presente legislatura.

VII – As Anti-suit Injunctions

28. Antes de terminar, e, no que toca às relações complexas entre as competências do tribunal arbitral e do tribunal estadual, importará chamar a atenção para certas situações em que os tribunais judiciais de um Estado tentam, através da concessão de medidas cautelares, impedir ou retardar o prosseguimento de um processo arbitral, em regra visando a suspensão desse processo.

Trata-se da figura das *anti-suit injunctions*, dirigidas à outra parte, utilizadas frequentemente pelos tribunais ingleses e norte-americanos, quando a parte requerente sustente a invalidade da convenção de arbitragem, estando em vias de constituição ou já constituído um tribunal arbitral no estrangeiro⁵⁶. Esta injunção não pode ser utilizada quanto a

Modelo revista, afirmação que parece estar desactualizada (cfr. *International Commercial Arbitration* cit., II, pág. 2017).

⁵⁶ Cfr. Robert Merkin, *Arbitration law*, 2004, pág. 288 e segs. Ali Yesilirmak., *ob cit.*, pág. 208 e segs.; J. F. Poudret/S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed., trad. inglesa, pág. 914 e segs.; Gabriele Kaufmann-Kohler/A. Rigozzi, *Arbitrage International*, cit., págs. 168 e segs. Nesta última obra (págs. 176-183) reproduz-se um estudo de Matthias Scherer e Teresa Giovanni, publicado na *Stockholm International Arbitration Review*, 2005/3, págs. 201-218 sobre a tipologia das *anti-suit injunctions*; J. D. M. Lew / L. A. Mistelis / S. M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* cit., págs. 363-366.

processos judiciais ou arbitragens pendentes em Estados da União Europeia ou Estados parte da Convenção de Lugano, esta última em vias de substituição por nova Convenção em 2009.⁵⁷ A *anti-suit injunction* (ou *restraining order*) visa obter de um tribunal uma ordem dirigida a uma parte para se abster de iniciar ou de continuar um processo judicial ou arbitral (quanto a este último, fala-se de uma *anti-arbitration injunction*), sob pena de ser sancionada (declaração de *contempt of court* ou aplicação de multas).

As *anti-suit injunctions* podem ser concedidas de forma temporária ou permanente e não estão sujeitas aos mesmos requisitos que as medidas provisórias⁵⁸. Na Inglaterra existe uma jurisprudência sedimentada,

⁵⁷ Decisão do Tribunal Justiça da CE de 2004, caso *Turner v. Grovit*, referida por Robert Merkin, *Arbitration Law* cit., pág. 294. Cfr, todavia, J. F. Poudret e S. Besson, *Comparative Law* cit., pág. 924, os quais dão conta de que a *Court of Appeal* inglesa decidiu em 2004 que continua a ser possível a concessão de *anti-suit injunctions* no espaço europeu, se existir uma convenção de arbitragem válida que preveja um tribunal arbitral a funcionar em Inglaterra. A Câmara dos Lordes submeteu, no final de 2007, uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça de Luxemburgo sobre a compatibilidade com o direito comunitário das *anti-suit injunctions*, tendo em Fevereiro de 2009 sido decidido que se verificava tal incompatibilidade em relação ao Regulamento Comunitário n.º 44/2001 (Acórdão de 10 de Fevereiro de 2009, Proc. C-185/07, *Allianz Spa e Generali Assicurazioni Generali Spa / West Tankers Inc*). A questão surgiu na sequência de uma colisão de navios com um cais de embarque no porto de Siracusa (em Itália). Estavam envolvidos um navio da *West Tankers*, fretado à Erg Petrol, e um cais desta última. As seguradoras da Erg Petrol demandaram, em acção de regresso, a *West Tankers* em Siracusa. Esta última era parte de um processo arbitral em Londres e veio requerer em Inglaterra uma *anti-suit injunction* contra as seguradoras, a qual foi deferida pela primeira instância, além de ter suscitado a excepção de violação de convenção de arbitragem no processo italiano. O Tribunal de Justiça considerou que nenhum tribunal de um Estado membro pode ver a sua jurisdição controlada por outro tribunal de outro Estado membro, dando plena aplicação ao citado Regulamento n.º 44/2001, embora considerasse que o processo que levou à prolação de uma *anti-suit injunction*, estando em causa uma arbitragem, não é abrangido pelo âmbito de aplicação deste Regulamento. Simplesmente a questão prévia sobre a existência e eficácia da convenção de arbitragem suscitada perante o tribunal italiano está dentro do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001. O Tribunal de Justiça deu especial relevância ao art. II, n.º 3, da Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

⁵⁸ J. F. Poudret e Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration* cit., pág. 914. Estes autores passaram a tratar *ex professo* na 2.ª ed. do seu livro a proble-

no passo que nos Estados Unidos da América há tribunais federais de distrito com uma posição mais restritiva e outros que têm uma abordagem mais liberal. Nos EUA, os tribunais só parecem conceder tal *injunction* se o requerente demonstrar a necessidade de evitar um processo no estrangeiro *vexatório* e *opressivo* ("*vexatious and oppressive litigation abroad*"). O caso *KBC v. Pertamina* ilustra as dificuldades de aplicação desta doutrina. A *Pertamina* era uma sociedade detida a 100% pelo Estado indonésio. Esta sociedade havia celebrado dois contratos com uma empresa norte-americana, KBC, para desenvolvimento de um projecto geotérmico na Indonésia. Os contratos vieram a ser suspensos por decreto presidencial indonésio, devido à crise financeira na Ásia. Tais contratos tinham uma cláusula compromissória que previa uma arbitragem na Suíça com aplicação do Regulamento da CNUDCI. Em Dezembro de 2000, uma sentença arbitral proferida na Suíça condenou a *Pertamina* a pagar uma indemnização substancial. A condenada requereu a anulação da sentença arbitral no Tribunal Federal suíço e a KBC requereu o reconhecimento da sentença nos Estados Unidos da América para subsequente execução. O Tribunal Federal suíço recusou-se a conhecer do pedido de anulação por razões processuais. A *Pertamina* requereu então a anulação da sentença arbitral em Djakarta e resolveu solicitar ao mesmo tribunal indonésio uma *anti-suit injunction*, para suspender a execução da sentença impugnada nos E.U.A.. Como reacção a esta medida, a requerimento da KBC, o Tribunal do Distrito Federal do Sul do Texas decretou uma *anti-suit injunction* dirigida à *Pertamina*, para se abster de invocar na execução a *anti-suit injunction* indonésia. Esta última decisão foi impugnada e veio a ser revogada pelo Tribunal de Apelação dos E.U.A. (5.º Circuito), por ter considerado que os tribunais norte-americanos, diferentemente do tribunal indonésio onde pendia o pedido de anulação da sentença arbitral, eram tribunais de uma jurisdição secundária em que a execução podia continuar, não obstante a pendência de um pedido de anulação, por força da Convenção de Nova Iorque de

mática das *anti-suit injunctions*, reconhecendo que estas figuras se tornaram uma fonte de preocupação e de interesse na Comunidade da Arbitragem Internacional, e que o ponto de vista dominante é o de que constituem um perigo para a arbitragem. J. D. M. Lew / L.A. Mistelis / S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* cit., págs. 363 e segs.

1958. Esta segunda decisão norte-americana notou ainda que não havia provas de que a KBC tivesse bens na Indonésia que pudessem ser executados para pagamento das multas fixadas para a violação da injunção indonésia. E concluiu que não cabia a um tribunal de jurisdição secundária, encarregado de reconhecer a sentença ou recusar a respectiva execução, proteger a KBC em relação às consequências jurídicas a que podia estar sujeita num terceiro país estrangeiro como resultado desta arbitragem estrangeira ou do litígio comercial internacional que dela irradiou. Fosse como fosse, a *anti-suit injunction indonésia* seria irrelevante, não podendo afectar a execução em curso nos E.U.A.⁵⁹

Deve notar-se que as *anti-suit injunctions* podem ser concedidas para evitar ou para prestar assistência a uma arbitragem. Só no primeiro caso é que pode considerar-se que são susceptíveis de afectar negativamente uma arbitragem ou uma sentença arbitral. Fala-se então de *anti-arbitration injunctions* ou *anti anti-suit arbitrations*.

Podem indicar-se, na esteira de Poudret e Besson, as seguintes situações diversas:

- *anti-suit injunctions* decretadas pelo tribunal de sede da arbitragem ou por outro foro, normalmente o do domicílio de uma das partes do processo arbitral;
- *anti-suit injunctions* emitidas por um tribunal estadual para interferir com o decurso de um processo arbitral ou, mais tarde, por regra no momento de execução da sentença arbitral;
- *anti-suit injunctions* dirigidas às partes do processo arbitral ou da convenção e/ou aos árbitros;
- *anti-suit injunctions* emitidas ou por tribunais estaduais ou por árbitros.

29. Em certos casos, são medidas que traduzem actuações abusivas por parte de um Estado ou ente público desse Estado que é demandado num processo arbitral, em arbitragem comercial internacional, e tenta evitar a condenação, requerendo aos tribunais do próprio Estado o decretamento de uma medida cautelar que suspenda o processo arbitral já desencadeado.

⁵⁹ Veja-se a descrição do caso na obra citada na nota anterior, págs. 918-920.

Embora estejamos perante situações anómalas e pouco frequentes, tais actuações são susceptíveis de afectar a eficácia da própria arbitragem internacional, sendo consideradas altamente perturbadoras da própria instituição da arbitragem no plano internacional.

O caso HIMPURNA contra PLN ilustra tais situações (havendo relato de situações semelhantes ocorridas com tribunais etíopes, paquistaneses e egípcios)⁶⁰.

30. A HIMPURNA, subsidiária de uma sociedade norte-americana, tinha celebrado um contrato com a PLN, empresa estatal de electricidade da Indonésia, através do qual iria explorar e desenvolver recursos geotérmicos na Indonésia, devendo vender a energia produzida à PLN. Esta, porém, recusou-se a comprar a energia produzida, por causa da crise económica asiática. A HIMPURNA recorreu à arbitragem, com base na cláusula compromissória constante do contrato e que remetia para o Regulamento da CNUDCI. A sentença final foi favorável à HIMPURNA, mas a PLN recusou-se a cumprir a condenação. A HIMPURNA demandou, em segunda acção arbitral, o Estado indonésio, que prestara uma garantia a favor da PLN. Depois de apresentada a petição, o Estado indonésio e a PLN pediram aos tribunais estaduais indonésios uma medida cautelar, que foi deferida, e nos termos da qual foi ordenada a suspensão do segundo processo arbitral até que um tribunal indonésio viesse a resolver o mérito do litígio, sob pena de ser devida uma multa de um milhão de dólares por cada dia de não acatamento da decisão cautelar. Esta medida cautelar não se dirigia à contraparte HIMPURNA mas antes ao próprio tribunal arbitral, não se podendo falar com rigor de uma *anti-suit injunction* (antes uma *anti-arbitration suit*).

O tribunal arbitral que funcionava na Indonésia mudou-se para Haia. O Estado indonésio veio requerer um processo cautelar na Holanda

⁶⁰ Remete-se para a análise dos casos recensados por J. F. Poudret/Sébastien Besson: caso *Hubco v. WAPDA* (*Water and Power Development Authority of Pakistan*), julgado em 1998; caso *CCI n.º 10623* que deu origem a *anti-suit injunctions* de tribunais etíopes, que foram desconsideradas pelo tribunal arbitral presidido por Emmanuel Gaillard; caso *Paquistão v. SGS*. Além destes casos, são ainda analisados na mesma obra os casos *General Electric v. Deutz* (*anti-suit injunction* emitida por um tribunal norte-americano), *PTY v. IATA* (*anti-suit injunction* decretada por um tribunal canadiano e desconsiderada pelo Tribunal de 1.ª Instância de Genebra) e o caso *CCI n.º 8307*. Ver *Comparative Law of Commercial Arbitration* cit., págs. 916-922.

no mesmo sentido, mas o tribunal holandês denegou a providência. A decisão condenatória da Indonésia foi proferida, sem a participação do árbitro indonésio. O próprio tribunal arbitral entendeu, entre vários fundamentos, que não havia "razão" ou "causa" legítima para ter de acatar a decisão do tribunal indonésio, baseando-se no disposto no art. 28.º do Regulamento da CNUDCI de 1976 sobre revelia, aplicado analogicamente: de facto, a PLN era uma entidade estadual sujeita a controle *de jure* do Governo indonésio e, por outro lado, este último não tivera a intenção *de facto* de controlar as acções da PLN que eram contrárias às obrigações das partes em relação à convenção de arbitragem.⁶¹

31. Em contrapartida, também há casos em que os tribunais estaduais se têm recusado a decretar certas medidas cautelares, por considerarem que tal decretamento implicava uma tomada de posição quanto ao mérito da causa que, de certo modo, expropriaria os árbitros dos seus poderes jurisdicionais.⁶²

VIII – Conclusão

32. Do que se escreveu antes, pode considerar-se que a possibilidade de os tribunais arbitrais decretarem medidas cautelares surgiu historicamente no âmbito da arbitragem internacional institucionalizada, em situações em que os comerciantes entendiam ser desejável que as situações litigiosas entre eles fossem resolvidas totalmente fora dos tribunais estaduais de qualquer das partes.

Todavia, e como mostra a experiência de décadas da Câmara de Comércio Internacional, as instituições de arbitragem tiveram de condescender com a possibilidade de uma das partes de uma arbitragem a elas confiada recorrer, por razões de urgência, aos tribunais estaduais para obter medidas de natureza provisória ou cautelar, não desconhecendo,

⁶¹ Alan Redfern e outros, *ob cit.*, pág. 486-487. Compare-se este caso com o caso *Hubco* atrás referido.

⁶² Cfr. *Caso Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Construction Ltd*, julgado pela Câmara de Lordes em 1993, referido em Alan Redfern e outros, *ob cit.*, págs. 484-486.

pois, as situações de concorrência de competências entre os próprios tribunais arbitrais, nos termos dos respectivos regulamentos, e os tribunais estaduais, sobretudo os da sede da arbitragem, para decretar tais medidas. O exemplo da CCI, pode ser trazido de novo à colação na medida em que procurou criar instrumentos para permitir a uma das partes requerer a uma instância organizada pela própria CCI o decretamento de medidas cautelares antes de instaurado o processo arbitral e constituído o correspondente tribunal (Regulamento sobre o *référé pré-arbitral*).

33. A possibilidade de um tribunal arbitral já constituído decretar medidas provisórias ou cautelares tem sido reconhecida por muitas das mais recentes leis nacionais de arbitragem voluntária, sobretudo as posteriores a 1985, ano em que foi aprovada a Lei-Modelo da CNUDCI, cujo art. 17.º foi inovador nessa matéria.

São poucos os Estados que hoje impedem, por via legislativa, os tribunais arbitrais de decretar certas medidas de natureza cautelar, constituindo excepção evidente o caso da Itália, na medida em que, tendo procedido este País a uma aprofundada revisão da disciplina jurídica da arbitragem voluntária em 2006, manteve, mesmo assim, a antiga proibição.

No caso de Portugal, a LAV não se refere, pura e simplesmente, a providências cautelares, mas a doutrina e a jurisprudência tendem a admitir, maioritariamente, a possibilidade de o tribunal arbitral decretar certas medidas de natureza cautelar que não careçam de execução através do exercício de *jus imperii*, desde que a convenção de arbitragem o preveja expressamente ou, pelo menos, a respectiva interpretação não seja incompatível com tal possibilidade.

É natural que a alteração de 2006 da Lei-Modelo acabe nos próximos anos por influenciar as regulamentações nacionais na matéria, sendo paradigmático que a nova disciplina austríaca, de 2006, seja mais detalhada do que as correspondentes regulamentações suíça e germânica. Resta saber o que irá acontecer em Portugal em relação à eventual substituição da LAV de 1986 por uma nova lei.

34. Por último, afigura-se seguro que a figura das *anti-suit injunctions* própria dos Direitos inglês e norte-americano, não é aceite como válida no espaço jurídico europeu, face à recente decisão comunitária no caso *West Tankers* atrás referido.

Arbitragem Voluntária e Deontologia Considerações preliminares*

Um Pouco de História ...

Há quem pense que a arbitragem voluntária é um fenómeno relativamente recente. Não é assim. Embora a história das origens remotas da arbitragem, e do acidentado percurso das suas diversas mutações, esteja em boa parte por fazer, é hoje ponto assente que as primeiras manifestações deste instituto datam, pelo menos, do III milénio antes da era cristã, com as chamadas Leis Assírias¹. Subsequentemente, no Antigo Testamento como no Corão, encontram-se referências explícitas à arbitragem². Mas é no Direito helénico que a figura vai assumir os contornos que hoje lhe conhecemos. Em *A Retórica*, Aristóteles traça a distinção entre juiz e árbitro em termos tão eloquentes que 2.500 anos depois continua a ser pertinente³. No Império Romano a arbitragem é objecto de referência nas obras de, entre outros, Cícero, Tito Lívio e Séneca. Podem ver-se normas nos códigos do Baixo Império, designadamente nos Códigos Gregoriano e Teodosiano, mas sobretudo no Digesto. A arbitragem continuará presente no Império Bizantino e nas leis visigodas, sendo certo que a sua

* O presente texto corresponde, com pequenas modificações, à intervenção do autor nas 1 Jornadas sobre Prática Arbitral, promovidas pela Associação Portuguesa de Arbitragem, em 11 de Abril de 2007.

¹ Thomas Clay, *L'arbitre*, 2001, pp. 3 ss.

² Ver Fernanda da Silva Pereira, *Arbitragem Voluntária Nacional*, 2009, p. 18.

³ "O Juiz apenas tem em atenção a lei; mas o árbitro foi criado para dar força também à equidade" (citado por T. Clay, op. cit., pp. 6).

utilização na Idade Média, particularmente a partir do século XII, está sobejamente documentada⁴.

Em Portugal, ensina-lo o Professor Duarte Nogueira, a arbitragem tem o seu baptismo provavelmente no século XIII. Mas é com o movimento da sistematização do Direito que o instituto irá ser tratado com algum detalhe, primeiramente no Livro das Leis e Posturas e posteriormente nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas⁵. Nestas é feita a distinção entre *juizes alvidros e alvidradores* ou entre *juizes árbítrios e arbitadores*, variando a terminologia de acordo com o período histórico em que cada um dos textos foi produzido. Como ensinava o nosso saudoso colega e amigo Prof. Ruy de Albuquerque, em ambos os casos, estamos perante "*juizes livremente escolhidos pelas partes, que deviam julgar nos termos dos poderes por estas conferidos*"⁶. As Ordenações (com textos muito semelhantes entre si) definem ainda aspectos do regime destas figuras, designadamente a composição dos tribunais arbitrais, os critérios de decisão em caso de pluralidade de árbitros, a possibilidade de recorrer das decisões destes, bem como a tramitação dos respectivos recursos.

Deveres Éticos do Árbitro

O árbitro foi e é o elemento central da arbitragem. Por isso o adágio, que alguns dizem ter sido cunhado por esse ensigne árbitro e juriconsulto que é René David: *Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage*.

O estatuto do árbitro, no sentido limitado da definição dos seus direitos e obrigações para com as partes, não é realidade que se alcance facilmente a partir das fontes tradicionais do direito arbitral.

Por razões que se prendem fundamentalmente com a velha que-rela da natureza contratual ou jurisdicional da arbitragem, as leis nacionais e até o direito internacional têm dado a esta questão uma relevância

⁴ Por todos, e com extensa bibliografia, T. Clay, op. cit., pp. 6 ss.

⁵ José Duarte Nogueira, *A Arbitragem na História do Direito Português (Subsídios)*, separata da *Revista Jurídica*, n.º 20, Abril de 1996.

⁶ Martim de Albuquerque e Ruy de Albuquerque, *História do Direito Português*, Lisboa, 1993, pp. 133 ss.

diminuta, quando não soluções que um conhecido autor descreveu como "elípticas"⁷. Thomas Clay chega a lamentar o retrocesso que se tem verificado neste domínio, pois, diz, já o Digesto dedicava um livro inteiro aos direitos e obrigações dos árbitros⁸.

Todavia, a questão está cada vez mais no centro das atenções dos profissionais e instituições da arbitragem e até dos tribunais judiciais. Importa, pois, descrever sumariamente quais são os principais deveres dos árbitros.

O árbitro está sujeito, em primeira linha, às obrigações resultantes do chamado "contrato de árbitro", figura que alguém já apodou de "fenómeno enigmático" e que faz do árbitro "meio juiz, meu contratante"⁹. O contrato de árbitro integra os deveres resultantes da lei que lhe for aplicável – e, conforme o Professor Lima Pinheiro sublinhou na sua mais importante obra, a determinação dessa lei nunca é tarefa fácil¹⁰ –, como assim as obrigações advenientes dos regulamentos aplicáveis, especialmente quando se trate de uma arbitragem institucional.

Mas, para além disso, o árbitro está sujeito a um conjunto de deveres éticos que raramente são abordados com detalhe em disposições de carácter geral ou regulamentar. É nos códigos de conduta que se prevêm as regras mais relevantes neste domínio. De entre os deveres deontológicos quase invariavelmente citados, destacam-se os seguintes¹¹:

- Independência e imparcialidade;
- Competência (qualificação técnica e conhecimento da área de actividade em que se inscreve o litígio);
- Diligência e Disponibilidade;
- Confidencialidade;
- Lealdade para com os co-árbitros, as partes e o processo arbitral;
- Razoabilidade e previsibilidade na fixação de honorários.

⁷ M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, L.G.D.J., 2001, pp. 3 ss.

⁸ T. Clay, op. cit. p. 476.

⁹ A matéria foi, entre nós, recentemente abordada pelo Bastonário Mário Raposo no seu estudo *Imparcialidade dos Árbitros*, publicado na R.O.A., 2006, pp. 23 ss.

¹⁰ L. Lima Pinheiro, *Arbitragem Transaccional*, Almedina, 2005, pp. 128 ss.

¹¹ P. Fouchard, *Relationships between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution, ICC Special Supplement The Status of the Arbitrator*, 1995, pp. 12 ss.

Cada vez com mais frequência a doutrina reconduz os deveres acima enumerados a um conceito abrangente de independência. Esta seria a matriz, a mãe de todas as outras qualidades do árbitro¹². Mas trata-se aqui, obviamente, de um conceito que não se confunde com a independência do juiz togado. É que a independência deste não se reporta às partes, ou muito raramente isso acontece, mas antes aos poderes públicos¹³.

Independência

A questão da independência dos árbitros não mereceu durante muitos anos senão o interesse esporádico dos especialistas¹⁴. Para citar apenas um exemplo paradigmático, só em 1975 é que a exigência de independência foi expressamente consagrada no Regulamento da Câmara de Comércio Internacional ("CCI").

Entre nós, o tema foi tratado em detalhe pela primeira vez pelo Bastonário Augusto Lopes Cardoso no seu trabalho, de 1995, *Da Deontologia do Árbitro* e cujas considerações, tão pertinentes quanto inovadoras, iremos retomar adiante¹⁵. Foi necessário esperar até 2006 para vermos a matéria da imparcialidade dos árbitros retomada de forma sistemática pelo Bastonário Mário Raposo num estudo publicado na Revista da Ordem dos Advogados e a que, mais abaixo, se faz referência.

Não há na doutrina portuguesa um grande interesse pela distinção conceptual (aliás, para muitos meramente semântica) entre independência e imparcialidade do árbitro. Assim, enquanto Lopes Cardoso diz uti-

¹² Dada a dificuldade de definir com rigor o conceito, já se debateu se não estaremos perante uma "noção de conteúdo variável" (T. Clay, op. cit., p. 235).

¹³ Há porém quem entenda que a independência se afere com relação ao terceiro que detém o poder de nomear (e, o que não é irrelevante, de remunerar) aquele que julga: o Estado no caso do magistrado judicial, as partes no caso do árbitro (cfr. F. Terré, *Justice étatique et justice arbitrale*, colóquio da Association Française d'Arbitrage, 1997, Publications de l'AFA, p. 19).

¹⁴ M. Henry cita, com ironia, a frase de Paul Valéry: "Il y a des mots qui ont plus de valeur que de sens, qui chantent plus qu'ils ne parlent" (op. cit., p. 121).

¹⁵ A. Lopes Cardoso, *Da Deontologia do Árbitro*, Separata do BMJ, 1995, n.º 452.

lizar os dois conceitos "indistintamente", já Mário Raposo opta pelo uso da noção de "imparcialidade", afirmando¹⁶:

"(...) os dois conceitos completam-se. Mas a imparcialidade será, no plano dos princípios de uma arbitragem pura (...), a 'virtude' maior."

Nos últimos anos a doutrina internacional tem tentado, nem sempre com êxito, distinguir a imparcialidade da independência. Para certos autores a independência seria uma "noção objectiva", enquanto que a imparcialidade seria "subjectiva". Por outras palavras, a independência visaria uma "situação de facto", a "posição" em que se encontra o árbitro, ao passo que a "imparcialidade" seria uma "disposição de espírito", uma atitude intelectual. Nestas condições, a independência é considerada como visando a relação entre o árbitro e as partes, ao passo que a imparcialidade visaria as relações entre o árbitro e o objectivo do litígio¹⁷.

Todavia, segundo Mark Henry, este entendimento redutor do dever de independência não seria senão resultado da lógica de referência do modelo jurisdicional estatal, que continuaria a impedir a arbitragem de assumir a sua verdadeira natureza original.

Contrariamente à fórmula tradicional segundo a qual "o árbitro deve ser independente, neutro e imparcial", Mark Henry defende que o árbitro deve ser independente, isto é, neutro, imparcial e objectivo¹⁸. E em que consistem, para este autor, as obrigações de neutralidade, imparcialidade e objectividade?

A obrigação de neutralidade corresponderia a uma necessária abertura de espírito, e a uma predisposição para o método comparativo. A obrigação de imparcialidade significaria a ausência de reservas relativamente às partes e ao objecto do litígio. A obrigação de objectividade consistiria na disposição para a apreensão fiel da realidade.

Assim vistas as coisas, um árbitro poderia ser imparcial sem, por isso, ser necessariamente neutro.

¹⁶ Mário Raposo, op. cit. p. 529.

¹⁷ Invocando argumentos terminológicos, teleológicos e de sintaxe, T. Clay recusa-se a aceitar a distinção entre independência e imparcialidade (op. cit., p. 248).

¹⁸ M. Henry, op. cit., pp. 152 ss.

A Questão do “Árbitro de Parte”

Contrariamente ao que dispõem as leis de arbitragem mais modernas – e, para citar apenas dois exemplos que nos são mais próximos, poderiam referir-se as leis de arbitragem espanhola (de 2003) e a brasileira (de 1996) – a nossa Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, Lei da Arbitragem Voluntária (“LAV”) não contém qualquer norma que disponha directamente sobre a independência ou a imparcialidade dos árbitros. A única disposição relevante nesta matéria é o art. 10.º, que no seu n.º 1 prevê que aos árbitros “não nomeados por acordo das partes” – e esta é uma singularidade da nossa lei – se aplique o regime de impedimentos e excusas estabelecido na lei de processo civil para os juizes.

O art. 10.º da LAV, as contradições que gera e as muitas questões que suscita foram lucidamente descritas pelo Bastonário Augusto Lopes Cardoso no trabalho, atrás referido, *Da Deontologia do Árbitro*. Reteria apenas aquilo que Lopes Cardoso descreve, ao abordar a questão do árbitro designado apenas por uma das partes, como “a grandeza e miséria do sistema”. Isto é: em que medida é que a relação de confiança (“manifesta confiança”, diz o autor) entre árbitro e parte designante é compatível com a independência e imparcialidade que se há-de exigir ao árbitro?

É a velha questão do que no nosso país se convencionou chamar os “árbitros de parte” e que o Dr. João Luís Lopes dos Reis distinguia do “árbitro comprometido com a parte”. Como este afirmou, “a opção pela arbitragem é, na essência, a escolha de um julgamento por quem é depositário da confiança das partes”¹⁹.

Por seu turno, o Bastonário Mário Raposo diz, com razão, que “a imparcialidade absoluta será quase inatingível”²⁰. Mas, acrescenta, a LAV não admite a figura do “árbitro não neutral”. No seu entender, à face da lei portuguesa, qualquer árbitro está adstrito ao dever de imparcialidade e de neutralidade²¹. Em sentido semelhante se pronunciou a Professora Mariana França Gouveia, que, num estudo muito recente e iné-

¹⁹ J. L. Lopes dos Reis, *Questões de Arbitragem Ad-Hoc*, in *R.O.A.* Janeiro de 1999, pp. 276 ss.

²⁰ No mesmo sentido, aludindo ao “mito da independência absoluta”, F. Terré, in *Independence of Arbitrators, ICC Special Supplement*, 2007, pp. 101 ss.

²¹ Mário Raposo, *op. cit.*

dito, afirma: “o árbitro de parte tem, como qualquer outro, a obrigação de ser independente e imparcial”.

A despeito da quase unanimidade da doutrina neste ponto, seria ingénuo pensar que no silêncio da lei podemos demover as partes de escolher o “seu” árbitro, isto é, alguém favoravelmente predisposto a essa parte. Mas, se assim é, que fazer? Há duas soluções possíveis:

A primeira tem sido seguida nas arbitragens internas nos EUA e consiste em reconhecer a existência dessa realidade, regulando-a. Assim, o árbitro designado pela parte pode, por acordo das partes, ser considerado como não-isento (“non-neutral”) e sujeito a um regime menos exigente no que toca à respectiva independência e imparcialidade do que o regime do árbitro isento (“neutral”), que preside ao tribunal arbitral²².

A segunda solução é seguida por quase todos os países do mundo – incluindo, segundo os autores acima aludidos, Portugal, – e exige a subordinação de todos os árbitros, mesmo os designados pelas partes, ao mais estrito dever de independência, isto é, de isenção e imparcialidade.

A matéria foi objecto de aceso, e nem sempre desapassionado, debate na doutrina e jurisprudência arbitrais de muitos países. A concepção de uma “independência variável” tem raízes profundas na história da arbitragem.

A primeira arbitragem que teve lugar na CCI, há quase um século, foi julgada por um painel arbitral em que tiveram assento dois árbitros oficialmente “não independentes”. Essa orientação doutrinária e jurisprudencial prevaleceu nos tribunais americanos até 1925, ano em que o *Court of Appeals of New York* exigiu que todos os árbitros fossem independentes. Mas a possibilidade de as partes nomearem um árbitro não-isento continuou a ser tolerada em certos estados e, a partir dos anos 60,

²² Desde a reforma de 2004 do *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* da *American Arbitration Association / American Bar Association* todos os árbitros se presumem isentos (“neutral”), isto é, independentes e imparciais. Todavia, as partes podem acordar que os árbitros designados por estas sejam não-isentos (“non-neutral”). São os chamados “*Canon X Arbitrators*”, cujos deveres éticos diferem substancialmente dos que impendem sobre os árbitros isentos, designadamente o árbitro presidente. Desde logo, podem manifestar predisposição para com a parte que os nomeou e comunicar unilateralmente com a mesma, desde que o façam no respeito pelos princípios da boa-fé, justiça e integridade.

aceite genericamente. Isso levou à sua consagração no *Code of Ethics* da AAA e da ABA, de 1977.

Esta tendência só viria a ser definitivamente contrariada em 2004 através da alteração do *Code of Ethics* que passou a consagrar a presunção de independência dos árbitros nomeados pelas partes.

As concepções ligadas à “flexibilização” da independência, ainda que de forma mitigada, foram acolhidas e existem nas ordens jurídicas de outros países. É o caso da arbitragem interna em certos países árabes, mas também a prática (ainda que muito limitada) do “*arbitrator-advocate*” no Reino Unido. De referir é ainda o caso, sempre muito debatido, da lei suíça que, não permitindo a figura do árbitro não-isento, parece exigir do presidente do painel arbitral uma “maior independência”²³.

A despeito destes limitados desvios, quase sempre com indelévels raízes históricas, a tendência dos últimos vinte anos tem sido claramente no sentido do reforço da exigência de independência e imparcialidade para todos os árbitros.

A Necessidade de um Código Deontológico

Pierre Lalive perguntava, há anos atrás, num artigo com o mesmo título: “*Faut-il codifier la deontologie arbitrale*”?²⁴

Vários autores responderam pela negativa, alegando designadamente que a ética é por essência reactiva a qualquer forma de codificação e que esta poderia conduzir ao aumento da litigância intra-arbitral e à recusa infundada de árbitros competentes.

Nesta linha, tanto a CNUDCI/UNCITRAL como a CCI, depois de alguma hesitação, optaram por não aprovar qualquer conjunto codificado de normas éticas para os árbitros. O mesmo não sucedeu com outras organizações de relevo mundial no campo da arbitragem. Como atrás se referiu, a *American Arbitration Association*, por exemplo, em conjugação de esforços com a *American Bar Association* fez aprovar, logo em

²³ Segundo alguns autores, tal independência (“superior”) incluiria o encargo de escrutinar a independência dos seus co-árbitros (cfr. T. Clay, op. cit., p. 297).

²⁴ Citado em T. Clay, op. cit., p. 349.

1977, o seu *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*, o qual viria a ser alterado em 2004.

Também a *International Bar Association* aprovou, em 1987, o *Rules of Ethics for International Arbitrators*, hoje complementado e parcialmente abrogado pelas *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, de 2004. Muitas outras organizações ligadas à arbitragem têm nos últimos anos feito aprovar códigos de ética ou de conduta. Citarei, entre outros: o *Chartered Institute of Arbitrators*; o *German Institute of Arbitration*; a *Chamber of National and International Arbitration*, de Milão; a *Japan Commercial Arbitration Association*; e, por último, o *Club Español del Arbitraje*.

A ética pode relevar quer da consciência moral do árbitro quer da sua formalização escrita e até codificada. Há quem defenda que a existência de uma verdadeira cultura arbitral dispensaria a elaboração de códigos de deontologia. Mas não deixa de ser significativo que alguns dos países que mais recorrem à arbitragem tenham estado entre os primeiros a codificar os preceitos da ética arbitral.

Outra questão de grande importância prática é saber como garantir a aplicabilidade desses preceitos éticos. A sua “contratualização” imperativa, isto é, a inclusão automática do seu conteúdo nas obrigações cíveis dos árbitros, designadamente através de preceito injuntivo da lei, é rejeitada pela doutrina por poder fragilizar a posição do árbitro e multiplicar os fundamentos para a sua recusa ou a impugnação da sentença arbitral.

Mas poderá sempre prever-se uma contratualização supletiva (e não imposta) através da inclusão dos deveres deontológicos no contrato de árbitro – ou, para alguns, até no “contrato de colaboração arbitral” –, *maxime* através da assinatura de uma declaração unilateral em tudo semelhante à *Declaration of Acceptance and Statement of Independence* exigida pela CCI.

Em última instância, a mera existência de um código de conduta, ainda que sem carácter vinculativo, constitui um enunciado de modelos de comportamento que podem e devem inspirar os árbitros. É que não se pode dar por adquirido que os árbitros, em especial os árbitros portugueses, conheçam a extensão e o âmbito precisos das obrigações a que se sujeitam ao aceitar o respectivo encargo. A este propósito, e valendo-me mais uma vez de um exemplo do outro lado do Atlântico, permito-me recorrer à exposição de motivos ínsita no preâmbulo do *Ethics Standards*

for *Neutral Arbitrators in Contractual Arbitration*, aprovado recentemente no Estado da Califórnia:

"They (the Ethics Standards) are intended to guide the conduct of arbitrators, to inform and protect participants in arbitration, and to promote public confidence in the arbitration process"

A arbitragem só será um instrumento eficaz de administração da Justiça se conseguir ganhar a confiança dos cidadãos na sua integridade e respeitabilidade.

Mais de quatro mil anos depois da sua provável aparição nas sociedades humanas politicamente organizadas, os árbitros são responsáveis por ganhar e garantir essa confiança dos cidadãos. Para que não se possa dizer, como fez um céptico sociólogo francês, que a arbitragem comercial mais não é do que o "*casamento feliz entre advogados de elite e homens de negócios*".

Dário Moura Vicente

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

A directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa*

Sumário: I. Introdução – 1. A tendência para a «desjudicialização» dos conflitos sociais e as suas manifestações no Direito contemporâneo; 2. A mediação como modo de composição de litígios e os problemas que levanta; 3. Razões e legitimidade de uma harmonização comunitária do regime jurídico da mediação; II – A Directiva Comunitária. 4. Traços fundamentais do regime comunitário da mediação; a) Admissibilidade da mediação; b) Efeitos do recurso à mediação; c) Confidencialidade da mediação; d) Efeitos dos acordos obtidos em processos de mediação; 5. Algumas questões em aberto. III. A transposição da Directiva para a ordem jurídica portuguesa – 6. Antecedentes; 7. Forma da transposição; 8. Âmbito do regime instituído; 9. Linhas gerais do novo regime; a) Admissibilidade da mediação; b) Efeitos da instauração de processos de mediação; c) Limites à utilização em processos judiciais de prova baseada em processos de mediação; d) Efeitos dos acordos concluídos em processos de mediação; 10. Balanço e conclusões.

I. INTRODUÇÃO

1. A tendência para a «desjudicialização» dos conflitos sociais e as suas manifestações no Direito contemporâneo

É bem conhecida a tendência contemporânea para o recurso a meios extrajudiciais de composição de litígios, para os quais a doutrina anglo-saxónica cunhou a expressão, sem dúvida sugestiva mas um tanto equívoca, *alternative dispute resolution (ADR)*¹.

* Trabalho elaborado para os *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*.

¹ Ver Frank E. A. Sander, «Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview», *University of Florida Law Review*, 1985, pp. 1 ss.; Peter Schlosser, «Alternative

Este fenómeno encontra-se decerto ligado à actual crise das instituições judiciais do Estado: dada a morosidade e a onerosidade dos processos judiciais, a composição de litígios num lapso de tempo razoável e em termos economicamente eficientes passou a reclamar o reconhecimento aos particulares da possibilidade de recorrerem a meios extrajudiciais, a fim de obterem tutela para os seus direitos. Ao próprio Estado interessa, de alguma sorte, subtrair aos seus tribunais uma parte do contencioso que lhes está legalmente cometido, em ordem a descongestioná-los e a reduzir os custos da administração pública da justiça.

Mas o recurso crescente a meios extrajudiciais de composição de litígios, que as estatísticas disponíveis documentam², prende-se também com a contemporânea internacionalização das relações económicas, propiciada, além do mais, pela integração dos mercados e pela disseminação das redes electrónicas de comunicação. É, com efeito, o carácter internacional da relação material litigada que frequentemente determina as partes a atribuírem competência a instâncias extrajudiciais, dadas não só a acrescida segurança que essa estipulação envolve no tocante ao modo pelo qual os seus litígios serão resolvidos, mas também as maiores garantias de neutralidade que tais instâncias oferecem.

Redução de custos, maior celeridade processual, certeza e neutralidade da instância decisória – estas, em suma, algumas das razões determinantes da crescente utilização de procedimentos extrajudiciais de composição de litígios. A elas podem ainda acrescentar-se: a possibilidade de as partes escolherem os terceiros chamados a intervir nesses procedimentos; a confidencialidade destes (de crucial importância para a preservação da imagem de muitas empresas); e a prossecução das relações comerciais entre as partes desavindas, que os mesmos favorecem.

Entre as formas de «desjudicialização» dos conflitos sociais a que vimos aludindo sobressai a *mediação*, que tomamos aqui como um processo voluntário através do qual as partes procuram, com a assistência

Dispute Resolution» (uno stimolo alla riforma per l'Europa?), *Rivista di Diritto Processuale*, 1989, pp. 1005 ss.

² Cfr. «2007 Statistical Report», in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19, n.º 2 (2008), pp. 5 ss.

de um ou mais terceiros desprovidos de poderes de decisão, alcançar um acordo a fim de porem termo a um litígio.

Desta figura distingue-se a arbitragem: diferentemente do árbitro, o mediador não julga um litígio, limitando-se (quando muito) a propor uma solução para o mesmo, que as partes aceitam ou não, conforme entenderem. Na sua essência, a mediação é uma negociação conduzida com a assistência de um terceiro. Trata-se, pois, de uma forma de composição de litígios que se baseia integralmente na vontade das partes. Estas podem pôr-lhe termo a todo o tempo, o que não é possível na arbitragem. A mediação é, assim, um meio de *auto-regulação* de litígios, ainda que com o auxílio de um terceiro. Diferentemente, o processo arbitral culmina numa decisão, que no Direito português é susceptível de ser executada pelos tribunais judiciais³. Há pois, nesse processo, uma *heteroregulação* do litígio.

A mediação também não se confunde com a denominada *composição amigável* («amiable composition»), oriunda do Direito francês, que a lei portuguesa da arbitragem voluntária expressamente prevê. Estabelece-se, com efeito, neste diploma legal a possibilidade de os árbitros, caso as partes lhes hajam confiado essa função, decidirem os litígios que lhes sejam submetidos «por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo»⁴. Tal como a composição amigável, a mediação visa possibilitar uma solução aceitável para ambas as partes, que reflecta os seus interesses e as suas necessidades e favoreça a reconciliação e a prossecução das relações negociais entre elas. Mas ao *amiable compositeur* compete julgar um litígio, sendo a sua decisão vinculativa para as partes. Não se trata, pois, de uma forma de mediação, mas antes de um modo específico de o árbitro julgar o mérito da causa.

Mais complexa é a delimitação da mediação relativamente à conciliação. Entre nós, a lei parece reservar ao mediador um papel mais activo do que aquele que pertence ao conciliador, na medida em que, pelo menos em certas matérias, só ao primeiro compete apresentar pro-

³ Lei n.º 31/86, art. 26.º, n.º 2.

⁴ *Ibidem*, art. 35.º.

postas de acordo⁵ ou recomendações⁶ às partes desavindas; o conciliador limita-se a estimular o diálogo entre elas. Noutros sistemas jurídicos, como o alemão, é antes o conciliador quem influencia mais decisivamente a composição do litígio⁷. Não falta, por outro lado, quem sublinhe que só o conciliador exerce poderes de autoridade, sendo o mediador apenas o prestador de um serviço⁸. Assim sucede também entre nós na conciliação promovida pelos tribunais. Seja como for, parece-nos que estas figuras designam a mesma actividade fundamental e visam os mesmos objectivos precípuos. Entre a mediação e a conciliação existirá porventura uma diferença de grau, mas não de natureza, na intervenção cometida a terceiros, tendo em vista a resolução de um litígio⁹. Daí, aliás, que os principais textos normativos internacionais sobre a mediação e a conciliação admitam a aplicabilidade das suas disposições a processos que sejam designados de outra forma nas legislações internas, mas que visem as mesmas finalidades essenciais¹⁰.

2. A mediação como modo de composição de litígios e os problemas que levanta

É muito significativa a relevância que a mediação e a conciliação assumem como modos de composição de litígios nas sociedades tradicio-

⁵ Haja vista, designadamente, aos arts. 526.º e seguintes do Código do Trabalho.

⁶ Veja-se, por último, o art. 7.º do D.L. n.º 144/2009, de 17 de Junho, que instituiu, junto do Banco de Portugal, o mediador do crédito.

⁷ Cfr. Nadja Alexander/Juliane Ade/Constantin Olbrisch, *Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement. Formen konsensualer Streitbeilegung*, Münster, 2005, p. 73.

⁸ Cfr. Frijthof Haft, «Mediation – Palaver oder neuen Streitkultur?», in *Festschrift für Rolf A. Schütze*, Munique, 1999, pp. 255 ss. (p. 266).

⁹ Assim também Charles Jarrosson, «Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1997, pp. 325 ss. (p. 330); e Robert B. Davidson, «International Mediation Basics», in Rufus v. Rhoades/Daniel M. Kolkey/Richard Chernick, *Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation*, 2.ª ed., Nova Iorque, 2007, pp. 401 ss. (p. 403).

¹⁰ Referimo-nos ao art. 1, n.º 3, da *Lei Modelo sobre Conciliação Comercial Internacional* da Comissão das Nações Unidas Para o Direito Comercial Internacional e ao art. 3.º, alínea a), da Directiva 2008/52/CE, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, de que nos ocuparemos *ex professo* adiante.

nalmente mais hostis ao recurso aos tribunais do Estado. Assim sucede, por exemplo, na China¹¹ e no Japão¹², onde uma larga proporção dos conflitos sociais é ainda hoje resolvida desta forma.

A partir dos anos 70, a mediação passou a ter também ampla aceitação nos sistemas de *Common Law*, em particular nos dos Estados Unidos da América¹³ e da Inglaterra¹⁴ – ao que não foram alheios, entre outros factores, os altos custos do acesso à justiça pública nestes países e a enorme litigiosidade que os caracteriza.

Outra é a orientação que tem prevalecido na Europa continental¹⁵, onde o Estado se arrogou há muito o monopólio da função jurisdicional – tida aí como a forma primordial de assegurar o interesse público na paz social – e proclamou os meios extrajudiciais de composição de litígios como excepções ou desvios a esse monopólio, confinando-os às matérias sujeitas à livre disponibilidade das partes.

À medida, porém, que se tornou evidente a falibilidade das instituições processuais do Estado, a justificação desse monopólio viu-se crescentemente contestada. Concomitantemente, intensificou-se o recurso

¹¹ Cfr. John Shijian Mo, «Non-Judicial Means of Dispute Settlement», in Gigu Wang/John Mo (orgs.), *Chinese Law*, Haia/Londres/Boston, 1999, pp. 757 ss.; Knut B. Fissler, «China», in Klaus J. Hopt/Felix Steffek (orgs.), *Mediation. Rechtsstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, Tübinga, 2008, pp. 601 ss.

¹² Cfr. Yasuhei Taniguchi, «Extra-judicial disputes settlement in Japan», in Hein Kötz/Reynald Ottenhof (orgs.), *Les conciliateurs. La conciliation. Une étude comparative*, Paris, 1983, pp. 109 ss.; Harald Baum/Eva Schwitter, «Japan», in Hopt/ Steffek, ob. cit., pp. 483 ss.

¹³ Cfr. Richard Birke/Louise Ellen Teitz, «US Mediation in the Twenty-first Century. The Path that brought America to Uniform Laws and Mediation in Cyberspaces», in Nadja Alexander (org.), *Global Trends in Mediation*, 2.ª ed., Haia, etc., 2006, pp. 359 ss.; Rainer Kulms, «USA», in Hopt/ Steffek, ob. cit., pp. 403 ss.

¹⁴ Cfr. Loukas A. Mistelis, «ADR in England and Wales: A Successful Case of Public Private Partnership», in Nadja Alexander, ob. cit., pp. 137 ss.; Jens M. Scherpe/ Birthe Völlers, «England», in Hopt/ Steffek, ob. cit., pp. 259 ss.

¹⁵ Exceptua-se, porém, o Direito dos Países-Baixos, onde a mediação obteve consagração como meio de resolução de litígios antes de qualquer outro sistema romanístico: cfr. Annie de Roo/Rob Jagtenberg, «The Netherlands Encouraging Mediation», in Nadja Alexander, ob. cit., pp. 233 ss.; *idem*, «Mediation in the Netherlands: Past – Present – Future», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 6.4 (2002), disponível em <http://www.ejcl.org>; Liane Schmiedel, «Niederlande», in Hopt/ Steffek, ob. cit., pp. 329 ss.

aos meios extrajudiciais, incluindo a mediação. Disso dá testemunho, por exemplo, o aumento exponencial da oferta de serviços de mediação e conciliação que se tem registado nos últimos anos, inclusive por parte de instituições que até há pouco se orientavam essencialmente para a arbitragem¹⁶.

O que bem se compreende: no confronto com a arbitragem, a mediação apresenta vantagens inequívocas, entre as quais o seu baixo custo e o risco mínimo a ela associado, dado o controlo do processo que assegura às partes em todos os momentos da sua tramitação. Na mediação, são as próprias partes quem, em última análise, define a solução do litígio por mediação. As oportunidades de criação de valor mediante uma solução em que ambas as partes saiam beneficiadas («win-win solutions») são assim mais vastas na mediação do que na arbitragem e noutros meios contenciosos de resolução de litígios, em que ao ganho de uma das partes corresponde frequentemente uma perda da outra – situação que a Teoria dos Jogos caracteriza como um «jogo de soma zero» («zero-sum game»)¹⁷.

Por outro lado, a mediação revela-se particularmente apropriada nos domínios em que a solução normativa dos litígios se mostra mais inadequada, de que talvez os conflitos matrimoniais sejam o exemplo mais flagrante¹⁸.

Não são todavia poucos, nem particularmente fáceis, os problemas jurídicos que a mediação suscita enquanto modo de composição de litígios. A respeito dela pode, designadamente, perguntar-se:

¹⁶ Haja vista, por exemplo, ao *Règlement ADR* adoptado pela Câmara de Comércio Internacional (disponível em <http://www.iccwbo.org>) e, entre nós, ao *Regulamento de Mediação e Conciliação* da Associação Comercial de Lisboa (disponível em <http://www.port-chambers.com>).

¹⁷ Cfr. Stephan Breidenbach, *Mediation. Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Colónia, 1995, pp. 71 ss.; *idem*, «Mediation – Komplementäre Konfliktbehandlung durch Vermittlung», in Stephan Breidenbach/Martin Hessler, *Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung*, Colónia, 1997, pp. 1 ss. (p. 5); Horst Eidenmüller, «Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen von Verhandlungen/Mediation», in *ibidem*, pp. 31 ss.; e David Plant, *Resolving International Intellectual Property Disputes*, Paris, 1999, p. 101; *idem*, *We Must Talk Because We Can. Mediating International Intellectual Property Disputes*, Paris, 2008, p. 16.

¹⁸ Ver, sobre o ponto, em especial, Lon L. Fuller, «Mediation – Its Forms and its Functions», *California Law Review*, 1970/71, pp. 305 ss. (pp. 330 ss.).

- Quais as condições de que depende a sua admissibilidade;
- Quais os efeitos do recurso à mediação sobre o exercício dos direitos subjectivos disputados pelas partes;
- Quais as regras processuais a que deve obedecer; e
- Quais os efeitos dos acordos obtidos por via de mediação.

Por certo que, tal como a arbitragem, este é um domínio em que avulta a autonomia privada; às partes deve, por isso, ser reconhecido um papel preponderante na definição das regras a que obedece a mediação, directamente ou por remissão para regulamentos de mediação institucionalizada. Mas os interesses relevantes nesta matéria não são apenas os que se ligam à autodeterminação das partes. Porquanto também nela há que acautelar interesses públicos e da parte mais fraca, os quais reclamam, designadamente, a institucionalização de mecanismos de salvaguarda da imparcialidade, neutralidade e independência dos mediadores, bem como da confidencialidade dos procedimentos de mediação. Daí a atenção que o tema tem ultimamente merecido por parte dos legisladores, tanto no plano nacional¹⁹ como no internacional²⁰.

¹⁹ Cfr. as leis adoptadas em 1996 em França (*Décret n.º 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires*), em 2003 nos Estados Unidos (*Uniform Mediation Act*), na Áustria (*Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen*) e em Itália (*Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e Legge 18 giugno 2009, n. 69*) e em 2005 na Bélgica (*Loi modifiant le code judiciaire en ce qui concerne la médiation*). Sobre as tendências contemporâneas nesta matéria, vejam-se: Mauro Cappelletti/Bryant Garth, «Settlement of Disputes out of Court: A Comparative Report on the Trend Toward Conciliation», in Hein Kötz/Reynald Ottenhof (dirs.), *Les conciliateurs. La conciliation. Une étude comparative*, Paris, 1983, pp. 1 ss.; Hein Kötz, «Le règlement des litiges en dehors des tribunaux. Synthèse et conclusions», in *ibidem*, pp. 187 ss.; Gérard Cornu, «Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1997, pp. 313 ss.; Nadja Alexander, «Global Trends in Mediation: Riding the Third Wave», in *eiusdem* (org.), *Global Trends in Mediation*, 2.ª ed., Haia, etc., 2006, pp. 1 ss.; e Klaus J. Hopt/Felix Steffek, «Mediation – Rechtsvergleich, Regelungsmodelle, Grundsatzprobleme», in *eiusdem* (orgs.), *Mediation. Rechtsstaten, Rechtsvergleich, Regelungen*, Tübinga, 2008, pp. 3 ss.

²⁰ Referimo-nos, em particular, à *Lei Modelo sobre Conciliação Comercial Internacional*, adoptada pela Comissão das Nações Unidas Para o Direito Comercial Internacional em 2002. Ver, sobre esta, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use*, Nova Iorque, 2005.

3. Razões e legitimidade de uma harmonização comunitária do regime jurídico da mediação

É inequívoca, à luz do que dissemos acima, a relevância que a mediação hoje assume como modo de facilitar a composição dos litígios emergentes de relações plurilocalizadas: dado que permite evitar a álea e os custos geralmente associados aos processos judiciais (e também, não raro, aos processos arbitrais), a sua admissibilidade favorece a oferta de bens e serviços além-fronteiras, e portanto também a integração económica internacional.

Nesta ordem de considerações se funda a Directiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial²¹, que os Estados-Membros da União Europeia se encontram obrigados a transpor para as respectivas ordens jurídicas internas até 21 de Maio de 2011²²; invoca-se, com efeito, neste acto comunitário a melhoria do acesso à justiça no espaço judiciário europeu, imprescindível ao correcto funcionamento do mercado interno, como razão precípua da sua adopção²³.

Aduzem-se, por outro lado, como preceitos legitimadores do exercício pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da sua competência para a adopção dessa Directiva, os arts. 61.º, n.º 1, e 67.º, n.º 5, do Tratado que Institui a Comunidade Europeia, relativos, como se sabe, às medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil que tenham incidência transfronteiriça e se destinem a assegurar o bom funcionamento do mercado interno.

Daí que – ao contrário do que se preconizava na proposta de Directiva publicada em 2004²⁴ – este acto comunitário apenas seja aplicável

²¹ Publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 136, de 24 de Maio de 2008, pp. 3 ss.

²² Cfr. o art. 12.º, n.º 1.

²³ Cfr., em especial, o considerando 5 da Directiva. No mesmo sentido, veja-se o *Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução de litígios em matéria civil e comercial*, publicado pela Comissão Europeia em 2002, documento COM (2002) 196 final, p. 7.

²⁴ Cfr. *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial*, doc. COM (2004) 718 final, de 22 de Outubro de 2004.

aos «litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial»²⁵, embora se especifique no respectivo preâmbulo que «nada deverá impedir os Estados-Membros de aplicar igualmente estas disposições a processos de mediação internos»²⁶.

Por «litígio transfronteiriço» deve entender-se, segundo a Directiva:

«um litígio em que pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual num Estado-Membro distinto do de qualquer das outras partes, à data em que:

- a) As partes decidam, por acordo, recorrer à mediação após a ocorrência de um litígio,
- b) A mediação seja ordenada por um tribunal,
- c) A obrigação de recorrer à mediação se constitua ao abrigo do direito interno, ou
- d) Para efeitos do artigo 5.º, seja dirigido um convite às partes.»²⁷

Mas pode igualmente tomar-se como tal, para os efeitos das disposições da Directiva relativas à confidencialidade e aos efeitos do processo de mediação sobre os prazos de prescrição e caducidade, um litígio puramente interno ao tempo da instauração desse processo, que haja adquirido posteriormente carácter internacional, em virtude da propositura de uma acção perante um tribunal judicial ou arbitral num país distinto daquele onde as partes tinham o seu domicílio ou a sua residência habitual²⁸.

II. A DIRECTIVA COMUNITÁRIA

4. Traços fundamentais do regime comunitário da mediação

a) Admissibilidade da mediação

Consideremos agora os traços fundamentais do regime da mediação instituído pela Directiva. Esta não contém qualquer regra geral sobre a

²⁵ Art. 1.º, n.º 2.

²⁶ Considerando 8.

²⁷ Art. 2.º, n.º 1.

²⁸ Art. 2.º, n.º 2.

admissibilidade do recurso à figura em apreço; mas o art. 1.º, n.º 2, exclui a aplicação da Directiva aos litígios que se refiram a direitos e obrigações de que as partes não possam dispor ao abrigo do Direito aplicável. A disponibilidade dos direitos subjectivos objecto do litígio surge assim, à imagem do que sucede na lei portuguesa da arbitragem voluntária²⁹, como critério fundamental de delimitação do âmbito material de aplicação das regras da Directiva.

Como exemplos de matérias em que são particularmente frequentes os direitos e obrigações indisponíveis apontam-se no preâmbulo da Directiva as que são objecto do Direito da Família e do Direito do Trabalho³⁰. Daqui não deve contudo inferir-se uma exclusão absoluta da mediação de litígios que versem sobre tais matérias³¹. Embora entre nós os direitos pessoais familiares e os direitos dos trabalhadores por conta de outrem sejam indisponíveis, a mediação de crises matrimoniais, ainda que resultantes da violação de deveres conjugais, bem como de conflitos laborais, deve ser tida como admissível, mesmo após a transposição da Directiva – consoante, aliás, sucede em vários outros países europeus³². Apenas será de afastar, a nosso ver, a executoriedade de eventuais acordos obtidos por via de mediação em que as partes renunciem a tais direitos, que é aquilo que a Directiva, se a interpretamos correctamente, tem em vista evitar.

Tão-pouco nos parece que possa extrair-se da referida regra da Directiva a insusceptibilidade da mediação de litígios que versem sobre direitos subjectivos consagrados por normas legais com carácter imperativo ou injuntivo (como, por exemplo, as que se referem aos direitos dos consumidores³³). Também neste caso é no plano da executoriedade dos acordos concluídos no termo dos processos de mediação, e não no da

²⁹ Art. 1.º, n.º 1. Ver, sobre este preceito, António Sampaio Caramelo, «A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões de jure condendo», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, pp. 1233 ss.

³⁰ Cfr. o considerando 10.

³¹ Neste sentido se pronunciam também Gerhard Wagner/Christoph Thole, «Die europäische Mediations-Richtlinie. Inhalt, Probleme und Umsetzungsperspektiven», in Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (orgs.), *Die Richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kroppholler zum 70. Geburtstag*, Tübinga, 2008, pp. 915 ss. (p. 921).

³² Ver o Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução de litígios em matéria civil e comercial, cit., pp. 22 ss.

³³ Cfr. o disposto no art. 16.º da Lei n.º 24/96.

admissibilidade destes últimos, que deve ser tomada em consideração a natureza imperativa daquelas normas legais³⁴.

A Directiva exclui ainda a sua aplicação às matérias fiscais, aduaneiras e administrativas, assim como à responsabilidade do Estado por actos ou omissões no exercício da sua autoridade (*acta iure imperii*)³⁵; o que bem se compreende à luz da circunstância, já referida, de as normas habilitantes da Directiva apenas atribuírem competência legislativa ao Conselho da União Europeia em matéria de cooperação judiciária civil³⁶.

Observe-se por fim, a este propósito, que a mediação é admitida pela Directiva não apenas antes da propositura de uma acção judicial ou arbitral, mas também no decurso dela. Neste último caso, prevê-se, aliás, que o próprio tribunal perante o qual foi proposta a acção pode, quando o entender adequado, convidar as partes a recorrerem à mediação³⁷. Por outro lado, a Directiva não exclui a possibilidade de as legislações dos Estados-Membros preverem o recurso obrigatório à mediação, antes ou depois da instauração de um processo judicial, contanto que daí não resulte a inibição do acesso ao sistema judiciário³⁸.

b) Efeitos do recurso à mediação

Aspecto fulcral do regime comunitário da mediação é o que se prende com o impacto da abertura de processos de mediação sobre os prazos de prescrição e caducidade dos direitos disputados. Importa, com efeito, assegurar que, caso não resulte um acordo da mediação, as partes não fiquem precludidas de submeter o mesmo litígio a instâncias judiciais ou extrajudiciais, em virtude do decurso desses prazos. Através deste meio de resolução de litígios tem-se em vista, com efeito, ampliar o acesso dos particulares à justiça, e não restringi-lo.

³⁴ Ver, sobre o ponto, *infra*, n.º 4, alínea d).

³⁵ Art. 1.º, n.º 2, 2.º período.

³⁶ Cfr. os arts. 61.º, alínea c), e 67.º, n.º 5, do Tratado que Institui a Comunidade Europeia.

³⁷ Art. 5.º, n.º 1.

³⁸ Art. 5.º, n.º 2.

Ora, é justamente isso o que a Directiva procura acautelar, ao dispor que:

«Os Estados-Membros devem assegurar que as partes que optarem pela mediação numa tentativa de resolver um litígio não fiquem impedidas de, posteriormente, instaurarem um processo judicial ou iniciarem um processo de arbitragem relativo a esse litígio por terem expirado os prazos de prescrição ou de caducidade durante o processo de mediação.»³⁹

c) Confidencialidade da mediação

Outro ponto de relevo no regime da mediação é o que contende com a confidencialidade das informações obtidas pelos mediadores e outras pessoas nela envolvidas: dela depende em alguma medida a confiança dos interessados neste meio de resolução extrajudicial de litígios e, reflexivamente, a sua eficácia enquanto tal.

É esse o desiderato prosseguido pelo art. 7.º, n.º 1, da Directiva, no qual se determina que os Estados-Membros assegurem que essas pessoas não sejam obrigadas a revelar tais informações em processos judiciais ou arbitrais. Apenas se exceptuam os casos em que as partes hajam convenicionado outra coisa ou em que tal revelação seja necessária por razões imperiosas de ordem pública do Estado-Membro em causa ou para efeitos de aplicação ou execução de um acordo obtido por via de mediação.

De notar que a Directiva não prevê neste preceito a imposição às referidas pessoas de um dever de segredo quanto às informações obtidas em razão das suas funções. Tão-pouco se restringe nela a possibilidade de as partes revelarem, em processos judiciais ou arbitrais ulteriores, informações veiculadas no decurso da mediação ou concessões nela feitas pela outra parte. Ressalva-se contudo, no n.º 2 do art. 7.º, a possibilidade de os Estados-Membros aplicarem «medidas mais rigorosas para proteger a confidencialidade da mediação».

Também não está excluído na Directiva que as partes e os demais intervenientes no processo de mediação convenicionem entre si deveres

³⁹ Art. 8.º, n.º 1.

de confidencialidade mais amplos do que aqueles que a própria Directiva estabelece – o que, à luz do exposto, pode revelar-se aconselhável. A sujeição dos mediadores a um dever de segredo quanto às informações obtidas no decurso da mediação pode ainda resultar de um Código Deontológico a que aqueles se encontrem subordinados⁴⁰.

d) Efeitos dos acordos obtidos em processos de mediação

Não menos relevante é a definição dos efeitos dos acordos obtidos em processos de mediação. Do regime instituído para esta matéria depende também o interesse da mediação como «meio alternativo» de resolução de litígios: embora em muitos casos as partes cumpram voluntariamente aqueles acordos, a possibilidade de os mesmos servirem de base a uma acção executiva é essencial sempre que deles resultem obrigações duradouras (v.g. de pagamento de pensões de alimentos por uma das partes à outra) e o credor não disponha de garantia especial.

Ora, a este respeito a Directiva limita-se a estabelecer que:

«Os Estados-Membros devem assegurar que as partes, ou uma das partes com o consentimento expresso das outras, tenham a possibilidade de requerer que o conteúdo de um acordo escrito, obtido por via de mediação, seja declarado executório.»⁴¹

A declaração de executoriedade assim prevista pode resultar, segundo a Directiva, de sentença, decisão ou acto autêntico de um tribunal ou de outra autoridade competente, de acordo com o Direito do Estado-Membro em que o pedido é apresentado⁴².

⁴⁰ Como o *Código Deontológico Europeu dos Mediadores* (disponível em http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_code_conduct_en.pdf), lançado pela Comissão Europeia em 2004, que expressamente prevê esse dever no n.º 4. Sobre as obrigações dos Estados-Membros da Comunidade Europeia no tocante à promoção de tais códigos, veja-se o disposto no art. 4.º da Directiva.

⁴¹ Art. 6.º, n.º 1, 1.º período.

⁴² Art. 6.º, n.º 2.

Portanto, no regime da Directiva os acordos concluídos em processos de mediação não são, por si sós, títulos executivos: apenas se faz recair sobre os Estados-Membros a obrigação de preverem no Direito interno a aposição de um *exequatur* a esses acordos, por decisão judicial ou acto notarial. Ainda assim, este deve ser requerido por ambas as partes ou por uma delas com o consentimento expresso da outra; e pode ser recusado «se, no caso em questão, o conteúdo desse acordo for contrário ao direito do Estado-Membro onde é feito o pedido ou se o direito desse Estado-Membro não prever a sua exequatidade»⁴³.

Neste ponto, a Directiva fica, pois, bastante aquém da lei portuguesa, nos termos da qual os acordos em questão podem servir de base a acções executivas, ainda que constem de documentos particulares, nas condições previstas no art. 46.º, alínea c), do Código de Processo Civil ou seja, se estiverem assinados pelo devedor e importarem a constituição ou o reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável por simples cálculo aritmético, ou de obrigação de entrega de coisas ou de prestação de facto.

Naturalmente que a Directiva não preclui a aplicação desta regra⁴⁴; mas é manifesto que o seu efeito harmonizador é, quanto a este aspecto, mais limitado.

5. Algumas questões em aberto

A regra comunitária sobre a aposição de *exequatur* aos acordos concluídos em processos de mediação não distingue consoante estes hajam sido concluídos no Estado do foro ou em país estrangeiro; nesta matéria, a obrigação que da Directiva resulta para os Estados-Membros, vale, assim, para ambas as situações⁴⁵.

⁴³ Art. 6.º, n.º 1, 2.º período. Para este efeito, entende-se que o Direito dos Estados-Membros inclui tanto o Direito substantivo como o Direito Internacional Privado: cfr. o considerando 19 da Directiva.

⁴⁴ Neste sentido, veja-se o considerando 22 da Directiva.

⁴⁵ Neste sentido depõe, aliás, a redacção do art. 6.º, n.º 2, 2.º período, reproduzido acima. O ponto de vista expandido no texto é partilhado por Gerhard Wagner/Christoph Thole, est. cit., p. 933.

Coloca-se, porém, a questão de saber qual a eficácia transfronteiras dos acordos concluídos em processos de mediação, que hajam obtido o necessário *exequatur* no Estado-Membro de origem: ficarão esses acordos dispensados de novo *exequatur* a fim de poderem produzir efeitos noutra país?

A este respeito, a Directiva apenas prevê que o disposto no respectivo art. 6.º sobre a exequatidade dos acordos obtidos por via de mediação «em nada prejudica as regras aplicáveis ao reconhecimento e à execução noutra Estado-Membro de um acordo que tenha sido declarado executório nos termos do n.º 1»⁴⁶.

Ressalvam-se assim as disposições dos actos comunitários que actualmente disciplinam o reconhecimento e a execução de actos autênticos e transacções judiciais celebrados em Estados-Membros da Comunidade Europeia⁴⁷. Entre estes incluem-se:

- O Regulamento (CE) n.º 44/2001, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial⁴⁸;
- O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental⁴⁹; e
- O Regulamento (CE) n.º 4/2009, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares⁵⁰.

Quando gozem de força executiva no respectivo Estado de origem, os actos e as transacções em apreço podem ser executados nos demais Estados partes destes actos comunitários, mediante a prévia declara-

⁴⁶ Art. 6.º, n.º 4.

⁴⁷ Cfr., a este respeito, o considerando 20 da Directiva.

⁴⁸ Publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 12, de 16 de Janeiro de 2001, pp. 1 ss.

⁴⁹ Publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 338, de 23 de Dezembro de 2003, pp. 1 ss. Foi alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2116/2004, *in ibidem*, n.º L 367, de 14 de Dezembro de 2004, pp. 1 ss.

⁵⁰ Publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 7, de 10 de Janeiro de 2009, pp. 1 ss.

ção da respectiva executoriedade por uma jurisdição do Estado onde a respectiva execução for solicitada, a requerimento de qualquer parte interessada. O acto autêntico ou transacção é declarado executório sem verificação prévia da ocorrência de qualquer motivo de recusa dessa declaração e sem audição da parte contra a qual a execução é promovida, desde que tenham sido apresentados pelo requerente os documentos exigíveis. Em sede de recurso da decisão que for proferida sobre o pedido de declaração de executoriedade, esta pode, no entanto, ser recusada ou revogada por a execução ofender a ordem pública do Estado onde a execução é requerida. Está, em qualquer caso, excluída, nos termos daqueles actos comunitários, uma revisão de mérito do acto ou transacção lavrado noutro Estado-Membro. O *exequatur* não pode, assim, ser recusado com fundamento em o conteúdo do acordo ser contrário ao Direito interno do Estado-Membro onde é feito o pedido de declaração de executoriedade, consoante prevê o art. 6.º, n.º 1, 2.º período, da Directiva.

Há, por esta via, uma certa simplificação da execução além-fronteiras de acordos que tenham sido declarados executórios no Estado-Membro de origem. Mas a Directiva não conseguiu prevenir completamente a necessidade de um duplo *exequatur* a fim de que os acordos em questão possam ser executados num Estado-Membro diferente daquele de que são originários, dada a exigência, constante dos referidos Regulamentos, de que os mesmos gozem de força executiva no respectivo Estado-Membro de origem.

E se é certo que esse duplo *exequatur* pode, em princípio, ser evitado mediante a solicitação, nos termos do art. 6.º, n.º 1, da Directiva, da declaração de executoriedade directamente no Estado-Membro em que se pretenda fazer valer o acordo, o certo é que essa declaração tem de ser requerida, como notámos, por ambas as partes ou por uma delas com o consentimento da outra; e que a mesma se sujeita naquele Estado-Membro a um controlo pelas autoridades locais da conformidade do acordo com o Direito nacional, o que, nos domínios em que as regras materiais aplicáveis não se encontrem harmonizadas no seio da Comunidade Europeia, poderá revelar-se mais problemático do que a obtenção da declaração de executoriedade cumulativamente nos países de origem e de execução.

Por outro lado, nas matérias não abrangidas pelos referidos Regulamentos (v.g. as sucessões por morte), os acordos concluídos em proces-

sos de mediação não podem beneficiar do regime simplificado de execução constante desses actos comunitários, ficando, por conseguinte, a sua eficácia além-fronteiras sujeita às disposições do Direito interno dos Estados-Membros e às regras mais rigorosas sobre o reconhecimento de actos públicos estrangeiros nele consignadas.

Eis aqui algumas questões em aberto, que o legislador comunitário não poderá deixar de enfrentar no futuro.

III. A TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA PARA A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

6. Antecedentes

Em Portugal, a mediação ou conciliação extrajudicial era já admitida antes da Directiva comunitária.

Com efeito, o Código Civil previu expressamente o contrato de transacção, que definiu como aquele pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões⁵¹, apenas tendo excluído a sua admissibilidade no que respeita a direitos de que às partes não é permitido dispor e a questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos⁵².

A extinção da instância em virtude da celebração de uma transacção é, por outro lado, também admitida na lei portuguesa, desde que não importe a afirmação da vontade das partes relativamente a direitos indisponíveis⁵³. A transacção deve nesse caso ser feita por documento autêntico ou particular ou por termo lavrado no processo a pedido dos interessados; de todo o modo, está sujeita a um exame da sua validade, devendo esta última, se for caso disso, ser declarada na sentença, condenando-se ou absolvendo-se nos respectivos termos⁵⁴.

A lei instituiu ainda serviços de mediação nos Julgados de Paz, definindo-a no regime destes como:

⁵¹ Art. 1248.º, n.º 1.

⁵² Art. 1249.º.

⁵³ Art. 299.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

⁵⁴ Art. 300.º, n.º 3, do mesmo Código.

«uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe.»⁵⁵

A apresentação de um requerimento visando a sujeição de determinada causa a um Julgado Paz determina a interrupção da prescrição, nos termos gerais⁵⁶. A mediação que tem lugar nestes tribunais aproveita, assim, dessa interrupção. Se as partes chegarem a acordo, deve o mesmo ser homologado pelo juiz de paz, adquirindo desse modo o valor de sentença⁵⁷. Caso esse acordo falhe, deve ainda assim ser tentada a conciliação das partes pelo juiz, antes de proceder ao julgamento da causa⁵⁸. A informação obtida no decurso da mediação está, em qualquer caso, sujeita a um princípio de confidencialidade⁵⁹.

Independentemente do exposto, confere-se entre nós força executiva, como já notámos, aos documentos particulares assinados pelo devedor, que importem a constituição ou o reconhecimento de certas obrigações, entre os quais se devem considerar incluídos aqueles que contenham acordos concluídos em processos de mediação.

Não obstante isso, a lei portuguesa era até recentemente omissa quanto a diversos aspectos relevantes do regime da mediação empreendida à margem dos Julgados de Paz, como a suspensão ou interrupção dos prazos de prescrição e caducidade em virtude da instauração de processos de mediação, a possibilidade de suspensão da instância pelo mesmo motivo e a confidencialidade das informações obtidas nesses pro-

⁵⁵ Cfr. a Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, art. 35.º, n.º 1. Ver, sobre esse diploma legal, J. O. Cardona Ferreira, *Julgados de paz. Organização, competência e funcionamento*, Coimbra, 2001; João Miguel Galhardo Coelho, *Julgados de paz e mediação de conflitos*, Lisboa, 2003; e João Pedrosa/Catarina Trincão/João Paulo Dias, *Por caminhos da(s) reforma(s) da Justiça*, Coimbra, 2003, pp. 255 ss.

⁵⁶ Lei n.º 78/2001, art. 43.º, n.º 8.

⁵⁷ *Ibidem*, art. 56.º, n.º 1.

⁵⁸ *Ibidem*, art. 26.º, n.º 1.

⁵⁹ *Ibidem*, art. 52.º.

cessos. A transposição da Directiva 2008/52/CE para a ordem jurídica portuguesa reclamava, assim, uma iniciativa legislativa.

7. Forma da transposição

Essa iniciativa consumou-se com a Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, que aprovou o regime jurídico do processo de inventário, alterando diversos diplomas legais. O art. 79.º desta Lei aditou, na verdade, ao Código de Processo Civil os arts. 249.º-A a 249.º-C e 279.º-A, tendo em vista dar execução às obrigações assumidas pelo Estado português em virtude daquela Directiva.

Esta forma de transposição não deixa de suscitar algumas reservas.

À uma, porque a mesma teve lugar através de um diploma legal cujo objecto específico – o processo de inventário – nenhuma relação possui com a figura jurídica de que a Directiva se ocupa.

Depois, porque se perdeu deste modo a oportunidade de introduzir no ordenamento jurídico português uma lei que disciplinam especificamente a mediação em matéria civil e comercial (como se fez na Áustria⁶⁰), o que conferiria maior visibilidade a este instituto como meio de resolução extrajudicial de litígios.

Finalmente, porque se regulou no Código de Processo Civil a suspensão dos prazos de prescrição e caducidade, quando o Código Civil era entre nós a sede legislativa desta matéria – em conformidade, de resto, com a natureza substantiva, e não processual, que essas figuras têm no ordenamento jurídico português.

8. Âmbito de aplicação do regime instituído

Pelo que respeita ao âmbito de aplicação do novo regime legal, a nota fundamental a salientar consiste no facto de que, embora a Directiva comunitária apenas tenha por objecto, como observámos, a mediação de litígios com carácter internacional, o diploma português que a transpôs,

⁶⁰ Cfr. *supra*, n.º 2.

ao não estabelecer semelhante limitação, implementou o regime comunitário também pelo que respeita a litígios puramente internos.

Está certo que assim seja, pois aquela restrição do regime comunitário apenas se justifica, como vimos, por razões ligadas à competência dos órgãos da União Europeia para a adopção de medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil e não há diferenças substantivas entre os interesses em jogo na mediação interna e na internacional que reclamem uma diferenciação dos respectivos regimes.

9. Linhas gerais do novo regime

a) Admissibilidade da mediação

O novo regime da mediação não restringe o seu âmbito de aplicação aos litígios que versem sobre direitos disponíveis. Pelo contrário: o art. 249.º-A, n.º 1, do Código de Processo Civil admite o recurso à mediação previamente à apresentação de «qualquer litígio» em tribunal.

Os direitos ao divórcio e à separação de pessoas e bens, assim como os dos trabalhadores por conta de outrem, são, por certo, indisponíveis entre nós; mas isso não importa a exclusão da mediação familiar ou laboral, que tem aliás sido incentivada pela lei⁶¹ e por acordos concluídos entre parceiros sociais⁶².

Se, porém, resultar da mediação um acordo e as partes requererem a sua homologação por um juiz, nos termos do art. 249.º-B do Código de Processo Civil, esta não poderá deixar de ser recusada, conforme resulta do disposto no n.º 3 desse preceito, conjugado com o art. 1249.º do Código Civil, caso as partes hajam transigido sobre direitos de que não lhes é permitido dispor.

A mediação é admitida, como decorre do preceito acima citado em primeiro lugar, antes da instauração de uma acção judicial e no decurso

⁶¹ Cfr. o art. 1774.º do Código Civil e o art. 2.º, alínea g), da Lei n.º 76/2009, de 13 de Agosto, que autoriza o Governo a alterar o Código de Processo do Trabalho.

⁶² Veja-se o *Protocolo sobre mediação laboral* celebrado em 2006 entre o Ministério da Justiça e diversas associações patronais e sindicais (disponível em <http://www.mj.gov.pt/sections/documentos-e-publicacoes/doc-e-pub-2/protocolo-de-acordo-de/>).

desta. Neste caso, tanto pode ser iniciada por decisão do juiz (salvo se alguma das partes a isso se opuser)⁶³ como por acordo das partes⁶⁴.

b) Efeitos da instauração de processos de mediação

Em conformidade com a Directiva, o novo regime português da mediação prevê a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for solicitada a intervenção do mediador.

Essa suspensão cinge-se, porém, aos casos em que sejam utilizados «sistemas de mediação pré-judicial previstos em portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça»⁶⁵. Ora, a inclusão de um sistema de mediação nesta portaria depende da verificação da sua idoneidade, bem como da da respectiva entidade gestora⁶⁶. Subordina-se assim a mediação a um controlo oficial que não tem paralelo na arbitragem, pois relativamente a esta a interrupção da prescrição do direito que se pretenda tornar efectivo não depende do recurso a instituições de arbitragem autorizadas pelo Governo⁶⁷. Reflexamente, exclui-se no diploma em apreço a possibilidade de as partes optarem por uma mediação «ad hoc», levada a cabo por personalidades por elas directamente escolhidas, à margem de qualquer esquema institucionalizado de mediação.

O referido controlo não deixará, por outro lado, de suscitar dificuldades sempre que se recorra entre nós a entidades de mediação internacionais ou sedeadas no estrangeiro, como é o caso da Câmara de Comércio Internacional e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual. A exequibilidade do novo regime legal suscita, neste particular, as maiores dúvidas.

Naturalmente que enquanto não for publicada a portaria referida naquele preceito não será sequer possível a suspensão dos prazos em questão.

⁶³ Art. 279.º-A, n.º 1, do Código de Processo Civil.

⁶⁴ *Ibidem*, n.º 2.

⁶⁵ Art. 249.º-A, n.º 2, do Código de Processo Civil.

⁶⁶ *Ibidem*, art. 249.º-A, n.º 5.

⁶⁷ Cfr. o art. 324.º do Código Civil.

A contagem destes é retomada a partir do momento em que uma das partes recuse a mediação ou em que o mediador determine a cessação desta⁶⁸.

A lei prevê igualmente a possibilidade de uma suspensão da instância nos casos em que a mediação tenha lugar quanto a um litígio já afecto a tribunal judicial, quer por determinação do juiz (quando a remessa do processo para mediação resulte de decisão deste), quer por acordo das partes⁶⁹.

Curiosamente, o efeito suspensivo do recurso à mediação não depende nestes casos da utilização de sistemas de mediação oficialmente autorizados.

Se houver a acordo no termo do processo de mediação, deve o mesmo ser remetido ao tribunal, aplicando-se as regras já referidas que valem para a transacção judicial⁷⁰. De contrário, o mediador deve dar conhecimento do facto ao tribunal, cessando automaticamente a suspensão da instância⁷¹.

c) Limites à utilização em processos judiciais de prova baseada em processos de mediação

A lei estabeleceu também, como exigia a Directiva, um princípio de confidencialidade da mediação extrajudicial: nos termos do novo art. 249.º-C do Código de Processo Civil, o conteúdo das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser valorado como prova em tribunal, salvo em situações excepcionais.

De notar que o alcance desta regra é mais vasto do que o que era requerido pela Directiva, uma vez que não cinge o princípio da confidencialidade às informações obtidas pelos mediadores e pelas outras pessoas envolvidas na mediação; solução que, à luz do que dissemos acima, se nos afigura correcta.

⁶⁸ Art. 249.º-A, n.º 3, do Código de Processo Civil.

⁶⁹ Ver o art. 279.º-A, n.ºs 1 a 3, do mesmo Código.

⁷⁰ *Ibidem*, n.º 5.

⁷¹ *Ibidem*, n.º 4.

d) Efeitos dos acordos concluídos em processos de mediação

Os acordos concluídos em processos de mediação têm entre nós os efeitos que a lei geral lhes atribui; neste ponto, o novo diploma nada acrescentou ao que decorre das disposições legais atrás mencionadas.

Prevê-se todavia no novo art. 249.º-B do Código de Processo Civil a homologação dos acordos obtidos em mediação pré-judicial. Como vimos, esta formalidade não é exigida em Portugal como requisito da execução desses acordos, quando os mesmos constem de documentos particulares, desde que importem a constituição ou o reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável por simples cálculo aritmético, ou de obrigação de entrega de coisa certa ou de prestação de facto. Não obstante isso, ela terá interesse quando, tendo esses acordos sido exarados em Portugal e devendo ser aqui executados, não preencham os requisitos legais de exequibilidade dos documentos particulares; bem como quando as partes queiram fazer valer os Regulamentos comunitários a que aludimos acima, a fim de obterem a respectiva execução noutro Estado-Membro da Comunidade Europeia⁷²; e ainda quando, tendo tais acordos sido exarados em país estrangeiro, não tenham neles força executiva e ambas as partes, ou uma delas com o consentimento da outra, pretendam que sejam aqui declarados executórios.

10. Balanço e conclusões

O novo regime da mediação constitui um inequívoco progresso, pelo reforço a que procedeu da eficácia e da fiabilidade deste instituto. Para tanto, contribuem especialmente a regulação nele instituída dos efeitos dos processos de mediação sobre a contagem de prazos de prescrição e de caducidade e a consagração que nele se faz de um princípio de confidencialidade.

Mas esse regime ficou, em alguns aspectos, aquém do que seria desejável.

⁷² *Cfr. supra*, n.º 5.

Em parte, as insuficiências que a este propósito registámos decorrem da própria Directiva comunitária de 2008, que não assegurou de modo inteiramente satisfatório a execução além-fronteiras dos acordos concluídos em processos de mediação, porquanto a fez depender de um duplo *exequatur*, a obter no país de origem e naquele onde se pretendam fazer valer esses acordos, ou de uma revisão de mérito do acordo em causa neste último país.

Noutra parte, essas insuficiências resultam da lei portuguesa de transposição, em particular da exigência nela formulada (que a Directiva não continha) de que as partes se sujeitem a sistemas autorizados pelo Governo a fim de que os processos de mediação em que participem possam surtir a plenitude dos seus efeitos jurídicos.

VIDA INSTITUCIONAL

Actividades da Direcção da APA em 2008/2009

1. A actual Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem foi eleita em 27 de Outubro de 2008, na mesma data em que a Assembleia Geral e o Conselho Geral da Associação, por iniciativa da Lista candidata à Direcção, procedia uma profunda reforma estatutária da APA.

Esta reforma fora, aliás, de acordo com o Programa de Candidatura distribuído pela Lista, alguns dias antes da eleição, um dos pontos essenciais de que dependia a viabilidade de todo um conjunto de iniciativas propostas, visando a dinamização da actividade da Associação.

A eleição da nova Direcção sufragou assim simultaneamente a reforma proposta, sem prejuízo da deliberação formal que veio a ser tomada pelos órgãos sociais competentes.

Essa reforma visou fomentar a expansão do número dos associados, eliminando-se muitas das restrições à admissão de novos associados, promovendo-se o ingresso dos jovens e suprimindo-se o estatuto privilegiado de associado fundador.

Por outro lado, pretendeu-se aumentar a operacionalidade da Direcção, reforçando a sua composição e poderes, e submetendo a sua actividade unicamente ao controlo e supervisão da Assembleia Geral, extinguindo-se o Conselho Geral.

2. A nova Direcção distribuiu entre os membros alguns pelouros específicos, ficando o Dr. Robin de Andrade encarregado da coordenação do "site" da APA, comunicação com os associados e relações institucionais, o Dr. José Miguel Júdece da área das relações internacionais, o Prof. Dário Moura Vicente da Direcção da Revista e Publicações, o Dr. António Sampaio Caramelo da Deontologia e o Dr. Pedro Siza Vieira da Divulgação e organização de Colóquios.

O Secretario Executivo, Dr. Pedro Metello de Nápoles foi encarregado da gestão corrente da Associação, sobretudo na área administrativa e financeira.

3. A primeira tarefa a que a Direcção decidiu empreender foi dar seguimento ao Colóquio que fora programado pela Direcção cessante para se debater o projecto d Código Deontológico elaborado pelo Conselho de Deontologia e aprovado pela anterior Direcção.

O Colóquio foi organizado pelo Dr. Agostinho Pereira de Miranda, que entretanto fora designado para presidir ao Conselho de Deontologia, e o projecto foi apresentado pela Direcção actual como um projecto destinado a ser debatido interna e externamente de modo a ser mais tarde formalmente aprovado em Assembleia Geral da APA.

O Colóquio realizou-se nas instalações do Conselho Distrital de Lisboa, em Novembro de 2008, teve assinalável êxito, quer pela qualidade das intervenções, quer pelo muito publico que assistiu.

Um segundo Colóquio abordado o mesmo tema e outros que entretanto vieram a ganhar interesse, veio a ser realizado no Porto, promovido por um conjunto de associados da APA sediados nessa cidade, e realizado nas instalações do Palácio da Bolsa. O êxito deste Colóquio, pelo numero de participantes e pelo debate animado que se seguiu, leva a prever, para breve, a constituição de uma verdadeira delegação da APA no Porto, com um programa específico de actividades.

Na sequência deste Colóquio, tem sido promovida através do site da APA o debate em profundidade dos vários temas suscitados pelo Projecto de Código, tendo recentemente sido elaborado uma nova versão desse projecto que em breve será analisado pela Direcção com vista à ulterior discussão e aprovação em Assembleia Geral.

4. No plano das relações internacionais, a nova Direcção da APA estabeleceu e reforçou desde o primeiro momento contactos institucionais com o Clube Brasileiro de Arbitragem e com o Club Espanol de Arbitraje, e bem assim com o Secretariado da CCI em Paris. Através do seu vogal José Miguel Júdice, a APA esteve presente em colóquios internacionais de arbitragem na América Latina e na Europa, onde tem divulgado a sua acção e promovido o estabelecimento de relações de cooperação.

A APA considerou igualmente a necessidade de uma relação especialmente intensa com os Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa, dada a proximidade da legislação e as perspectivas que se abrem de um reforço da actividade arbitral nas relações entre Portugal e esses Países. Foram assim estabelecidos contactos com a Direcção da Faculdade de Direito de Luanda e a Ordem dos Advogados de Angola.

5. A comunicação com os associados e a divulgação da actividade da Associação passava pela modernização e reformulação do Site da APA, que se mantinha sem alteração durante longos períodos de tempo.

O site foi assim profundamente reformulado, simplificando-se o seu endereço, criando-se um Fórum, e conferindo um novo dinamismo aos seus conteúdos. Introduziu-se uma secção de Noticias, logo na abertura do site, em que se divulgam as iniciativas da Direcção da APA, e os factos recentes mais relevantes para a sua acção, e uma secção de Eventos, onde se dão conta de futuros colóquios e congressos sobre arbitragem.

Por outro lado, promoveu-se a publicitação no site de estudos dos associados e de projectos em que a APA preparou, e bem assim dos documentos de discussão interna dos mesmos.

A Direcção passou a comunicar regularmente com os associados através de email, mantendo-os informados directamente sobre os eventos mais importantes, sem acréscimo de custos com a correspondência.

6. Entre os propósitos da nova Direcção esteve o alargamento de iniciativas com vista ao debate de temas de arbitragem, em colaboração com escritórios de advogados e outras entidades.

Foi assim que a APA colaborou activamente com a PLMJ na organização e promoção de um colóquio realizado em Janeiro de 2009 pela Dra. Marina Costa, e com o Dr. José Alves Pereira de "Alves Pereira, Teixeira de Sousa e Associados", na preparação e realização de uma tertúlia sobre temas de prova em processo arbitral.

O Presidente da APA foi também solicitado a intervir num Colóquio sobre Arbitragem promovido pela MLGTS em colaboração com uma prestigiada firma de advogados brasileira.

7. A iniciativa com maior peso que a Direcção da APA empreendeu no seu primeiro ano de mandato consistiu porem na preparação do anteprojecto de uma nova lei de arbitragem voluntária.

Correspondendo ao convite que em Março de 2009 o Ministro da Justiça lhe lançou, a Direcção da APA preparou, com base num documento de base preparado pelo Dr. António Sampaio Caramelo e no curtíssimo prazo de 1 mês e meio, um anteprojecto de uma nova Lei de Arbitragem Voluntária, inspirado pela Lei Modelo da UNCITRAL.

Foram assim debatidas em profundidade e votadas pela Direcção, as várias opções de política legislativa que se colocam ao nosso País neste domínio, tendo o anteprojecto sido acompanhado de uma extensa fundamentação justificativa de cada uma das soluções adoptadas e ainda de uma memória justificativa.

Tendo entregue o anteprojecto ao Governo no prazo acordado, e recebido com muito interesse, viu no entanto a sua iniciativa ter escasso seguimento, pois o Gabinete do Ministro limitou-se a remeter o anteprojecto ao Conselho Superior da Magistratura, para parecer, o qual aliás se limitou a formular algumas observações pontuais.

Nunca porem o Governo chegou a discutir o anteprojecto ou a apresentar na Assembleia da Republica qualquer pedido de autorização legislativa, sem que nunca fosse dada qualquer explicação para o facto.

O texto do anteprojecto foi e está publicado no site da APA, e têm sido publicados igualmente artigos e comentários sobre o mesmo por alguns associados, preparando-se assim uma largo debate interno que a APA pretende lançar sobre o tema nos finais de 2009.

8. Finalmente uma palavra sobre a acção da Direcção sobre a Revista, que arrancou finalmente com o seu primeiro numero sob o mandato da actual Direcção.

Coube de facto à actual Direcção a tarefa de renegociar as condições da sua publicação em termos compatíveis com a sua sustentabilidade e de promover os passos burocráticos necessários ao arranque da mesma.

O conteúdo do primeiro numero continuou no entanto a ser da responsabilidade da anterior Direcção, razão pela qual a Direcção da Revista, nesse numero, coube ainda ao prof. Luís Lima Pinheiro.

A partir do segundo numero a Direcção da Revista passou a ser assumida pelo Prof. Dário Moura Vicente, membro da Direcção da APA, sendo director adjunto o Dr. Armindo Ribeiro Mendes e Subdirector o Dr. António Vieira da Silva.

9. O breve relato das actividades da Direcção não ficaria completo sem uma breve referência à tarefa de regularização administrativa e financeira da vida interna da Associação que o Secretário Executivo tem vindo a levar acabo, e à crescente expansão do numero dos seus associados, sendo alguns conhecidos juristas nacionais e estrangeiros com largos anos dedicados ao ensino ou à arbitragem, mas muitos outros provenientes das camadas mais jovens, concretizando-se assim um dos objectivos mais importantes que presidiu à reforma estatutária da APA – a maior projecção da sua imagem e da sua actividade no País e no estrangeiro, a bem do incremento da arbitragem como forma de resolução de diferendos.

Lisboa, Setembro de 2009

Actividades dos Conselhos da APA em 2008/2009

Como forma de fomentar a participação de Associados na prossecução das atribuições da APA os Estatutos prevêem a possibilidade de serem criados Conselhos ou Comissões Especializadas. Assim, e aquando da constituição da APA foram criados os Conselhos de Deontologia e de Publicações, tendo posteriormente sido criados os Conselhos de Prática Arbitral Comercial e de Prática Arbitral Administrativa.

O **Conselho de Deontologia**, presidido pelo Dr. Agostinho Pereira de Miranda, foi responsável pela preparação e apresentação de um projecto de um Código Deontológico, trabalho já iniciado sob a égide da anterior direcção e que culminou com a organização em Novembro de 2008 das II Jornadas sobre Prática Arbitral, subordinadas ao tema "Estatuto e Deontologia do Árbitro". No âmbito das Jornadas foi apresentada uma primeira versão do "Código Deontológico do Árbitro". No seguimento da discussão do projecto que então teve lugar e, mais tarde, através do *site* da APA, o Conselho de Deontologia preparou uma nova versão do "Código Deontológico do Árbitro", a qual será objecto de apreciação pelos Associados.

O **Conselho de Publicações**, presidido pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro deu continuidade aos trabalhos que levaram à publicação do primeiro número da "Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação", concretizando assim o objectivo de lançamento da primeira revista Portuguesa exclusivamente dedicada àqueles temas. Entretanto a Direcção da Revista foi autonomizada, sendo o actual número da responsabilidade do Prof. Doutor Dário Moura Vicente, do Dr. Armindo Ribeiro Mendes e do Dr. António Vieira da Silva.

O Conselho de Prática Arbitral Comercial e o Conselho de Prática Arbitral Administrativa, embora criados em momento anterior, não tinham tido actividade efectiva. Assim, no início de 2009, a nova Direcção convidou o Bastonário António Pires de Lima e o Dr. Manuel Castelo Branco para assumirem a presidência de cada um dos Conselhos, o que estes aceitaram. No período desde então decorrido têm os Conselhos procurado estabelecer contacto com os Associados que manifestaram, interesse em colaborar, por forma a estabelecer-se um plano de acção para o futuro.

LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E DOCUMENTAÇÃO

José Miguel Júdice

Advogado

Professor Convidado da Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa

Anotação ao Acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 311/2008
Processo n.º 753/07

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional

I – Relatório

1. Nos presentes autos, vindos do Supremo Tribunal de Justiça, em que é recorrente Wall Street Institute de Portugal – Centro Inglês, S. A., e WSI – Consultadoria e Marketing, L.da, e recorrido o Centro de Inglês Santa Bárbara, L.da, vem interposto recurso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), nos seguintes termos:

«[...] 9 – O presente recurso é interposto ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82 na sua redacção actual.

10 – As ora Recorrentes pretendem ver apreciada a inconstitucionalidade da norma segundo a qual a excepção dilatória de violação da convenção de arbitragem prevista no artigo 494.º, al. j) do CP Civil não é aplicável nos casos em que a “dificultas prestandi” de uma das partes de um contrato, torna inexigível que ela cumpra o acordo de arbitragem. Ainda segundo esta norma o direito de acesso à justiça consagrado no artigo 20.º da Constituição está situado num plano superior ao “direito à arbitragem” das Recorrentes (fls. 982); pelo que não é possível opor-lhe, de forma procedente, aquela excepção dilatória.

11 – A coberto de uma interpretação conforme à Constituição, o Tribunal Judicial de Braga e o Tribunal da Relação de Guimarães, julgaram, afinal, a norma inaplicável ao caso concreto.

12 – O que viola os princípios constitucionais da protecção da confiança e determinabilidade da lei aplicável pelo tribunal, para além do artigo 209.º, n.º 2 da Constituição, uma vez que os tribunais arbitrais são uma das categorias de tribunais previstas na Constituição.

13 – Norma essa que é pois inconstitucional.

14 – Nos termos do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição são recorríveis para o tribunal Constitucional “as decisões proferidas pelos restantes tribunais em que, a coberto de uma interpretação conforme à Constituição, se haja julgado, afinal a norma inaplicável ao caso concreto. E isto por se considerar que tais situações são, na prática, equiparáveis aquelas em que tenha havida uma pura e simples recusa de aplicação de norma com fundamento na sua inconstitucionalidade” – Luís Nunes de Almeida, *A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado*, in *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a Constitucionalidade de normas*, Lisboa, 1987, III, pag. 124.

15 – Como salientam Gomes Canotilho e Vital Moreira, para efeitos de decisões que tenham recusado a aplicação de norma por inconstitucionalidade, não é necessário que o tribunal tenha considerado a norma absolutamente inconstitucional; é suficiente que tenha recusado a sua aplicação num dos seus sentidos possíveis por motivo de inconstitucionalidade – J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *A Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, 1993, pág. 1019.

16 – A inconstitucionalidade da norma supra, foi suscitada pelas recorrentes nos articulados, na 1.ª instância, nas alegações do recurso para o Tribunal da Relação de Guimarães e também nas alegações do recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, e no requerimento de reclamação. [...]

2. Em resposta ao convite ao aperfeiçoamento formulado pelo relator, a fls. 651, os recorrentes vieram dizer o seguinte:

«As ora Recorrentes pretendem ver apreciada a inconstitucionalidade da norma segundo a qual a excepção dilatória de violação da convenção de arbitragem prevista no artigo 494.º, al. j) do CP Civil não é aplicável nos casos em que a “dificultas prestandi” de uma das partes de um contrato, torna inexigível que ela cumpra o acordo de arbitragem. Ainda segundo esta norma o direito de acesso à justiça consagrado no artigo 20.º da Constituição está situado num plano superior ao “direito à arbitragem” das Recorrentes (fls. 982); pelo que não é possível opor-lhe, de forma procedente, aquela excepção dilatória.

Como refere Gomes Canotilho e Vital Moreira “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra, 1993, pág. 1019, para efeitos de recursos das decisões que tenham recusado a aplicação de norma por inconstitucionalidade, não é necessário que o tribunal tenha considerado a norma absolutamente inconstitucional; É suficiente que tenha recusado a sua aplicação num dos sentidos possíveis por motivo de inconstitucionalidade. De acordo com Rui Medeiros in “A decisão de inconstitucionalidade”, Universidade Católica Editora, 1999, pág. 325, a concepção hoje dominante no Tribunal Constitucional é de que são recorríveis para este Tribunal, nos termos da al. a) do n.º 1 do artigo 280 da Constituição “as decisões proferidas pelos restantes Tribunais em que, a coberto de uma interpretação conforme à constituição, se haja julgado, a final, a norma inaplicável ao caso concreto.

E isto “por se considerar que tais situações são, na prática, equiparáveis aquelas em que tenha havido uma pura e simples recusa de aplicação de norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade”.

Assim sendo e salvo melhor opinião V. Ex.a, Exmo. Conselheiro Relator que, suprirá se assim o entender conveniente, entendem as Recorrentes que a decisão recorrente é recorrível para o Tribunal Constitucional, nos termos da al. a) do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição sendo, conseqüentemente, o presente recurso interposto ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei 28/82 na sua versão actual.

A tudo acresce que a inconstitucionalidade da norma supra, foi suscitada pelas recorrentes nos articulados, na 1.ª instância, nas alegações do recurso para o Tribunal da Relação de Guimarães e também nas alegações do recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, e no requerimento de reclamação.»

3. As recorrentes apresentaram alegações onde concluem o seguinte:

«I. A decisão do tribunal “a quo” que, a coberto de uma interpretação conforme à Constituição, julgou inaplicável a norma do artigo 494.º, al. j) do CPC ao caso concreto, é recorrível para o Tribunal Constitucional.

II. A norma segundo a qual a excepção dilatória decorrente da violação de convenção de arbitragem se não verifica quando ocorra uma situação de insuficiência económica que impossibilite uma das partes dessa convenção de suportar as despesas com a constituição e funcionamento da arbitragem, pelo que, em tal caso, pode submeter o litígio que a oponha à outra parte aos tribunais estaduais, é inconstitucional, violando, nomeadamente, os princípios constitucionais da protecção da confiança e da determinabilidade da lei aplicável.

III. Os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais, fazendo parte das categorias de tribunais previstas na Constituição da República.

IV. A administração da justiça não é um monopólio exclusivo dos tribunais estaduais.

V. O direito de acesso à justiça, consagrado no artigo 20.º da Constituição da República, não é susceptível de ser violado por via da aplicabilidade da norma do artigo 494.º, al. j) do CPC.

VI. Do mesmo modo, esta norma não põe em causa nenhum valor fundamental do ordenamento jurídico português, consagrado constitucionalmente.

VII. Não é aceitável o entendimento do tribunal "a quo", segundo o qual a aplicação da norma do artigo 494.º al. j) do CPC, implica a denegação de acesso à justiça, mesmo na situação de insuficiência económica de uma das partes.

VIII. A autora da acção nunca tomou a iniciativa de constituir o tribunal arbitral, pelo que nem sequer foi apurado que ela não teria podido prosseguir a instância arbitral sem custear os respectivos custos de funcionamento, já que esta é uma decisão que estava, e está, na disponibilidade das partes e do próprio tribunal arbitral.

IX. Não é, pois, possível, concluir, como o fez o tribunal "a quo", que a aplicação da norma do artigo 494.º, al. j) do CPC, colocava em causa o dever do Estado de assegurar a todos o direito de acesso à justiça e o dever de impedir que este direito seja denegado por insuficiência de meios económicos.

X. A aplicabilidade da norma do artigo 494.º, al. j) do CPC, não significa, pois, a denegação do direito de acesso à justiça, com referência à parte contra a qual foi deduzida a mencionada excepção dilatória.

XI. A validade da convenção de arbitragem estabelecida pelas partes, nunca foi questionada pela autora, nos termos do artigo 437.º do Código Civil, à luz do instituto da resolução ou alteração do contrato por alteração das circunstâncias.

XII. A norma cuja inconstitucionalidade é objecto do presente recursos, viola os princípios constitucionais da protecção da confiança e da determinabilidade da lei aplicável, e bem assim, o disposto no artigo 209.º da Constituição da República, na medida em que desconsidera os tribunais arbitrais que fazem parte da administração da justiça, atenta a sua natureza, o seu carácter jurisdicional, o estatuto de independência e imparcialidade dos respectivos juízes.»

4. O recorrido contra-alegou, suscitando a questão prévia do não conhecimento do objecto do recurso, e concluindo o seguinte:

«1 – Carecem as Recorrentes de qualquer razão para obter a fiscalização concreta da decisão do tribunal a quo, sendo que não se vislumbra nos argumentos apresentados pelas mesmas qual a inconstitucionalidade ou qual a norma legal ou constitucional violada pela dita decisão recorrida.

2 – O presente recurso constitui um flagrante abuso de direito na medida em que as Recorrentes se servem do mesmo para protelar o julgamento da presente acção que, note-se, foi considerada prejudicial à acção de falência por Acórdão do STJ de 12.10.2004. Falência essa que foi inclusive revogada também por acórdão do STJ. Sendo que existe ainda uma outra acção, de despejo, movida pelas Recorrentes contra a Recorrida, em que esta ficou credora no montante de cerca de €100.000,00 por benfeitorias efectuadas no locado. Assim sendo, dívidas não há, de que as Recorrentes pretendem protelar ao máximo o julgamento desta acção, porque não têm pressa em pagar, enquanto que para a Recorrida tem os credores à porta para receber, credores, dentre os quais, se destacam o Estado e a Segurança Social.

3 – Desde logo, inexistente total fundamento para ser efectuada a fiscalização concreta da constitucionalidade, pois, contrariamente ao alegado, mas não demonstrado, note-se, porque importante, pelas Recorrentes, não houve na decisão recorrida qualquer "recusa na aplicação duma norma com fundamento na inconstitucionalidade" (cf. artigo 280.º, n.º 1 al. a) CRP).

4 – Como pode a decisão recorrida violar um preceito constitucional ao julgar improcedente uma excepção dilatória arguida pelas RR/Recorridas, por considerar que a convenção de arbitragem não podia ser aplicada, designadamente, por que houve uma alteração das circunstâncias em relação ao momento em que foi celebrada a convenção, encontrando-se a A./Recorrida neste momento em situação económica e financeira difícil, não tendo como custear um tribunal arbitral, nem um tribunal judicial, até mesmo por que litiga com apoio judiciário.

5 – Ademais, a decisão do tribunal a quo fundamentou-se na norma do artigo 20.º da CRP – no Acesso ao Direito e a uma tutela jurisdicional efectiva – pelo que não se compreende qual a norma que foi recusada aplicar e, muito menos, qual é a norma que as Recorrentes pretendem ver declarada inconstitucional. Será que é a norma do artigo 20.º da CRP que as Recorrentes pretendem que seja declarada inconstitucional por força da norma de direito adjectivo constante do artigo 494.º, al. j) do CPC?

6 – Ou seja, portanto, parece que as Recorrentes pretendem que a norma do artigo 494.º, al. j) do CPC seja sobreposta e considerada uma norma superior à norma do artigo 20.º da CRP.

7 – Acresce que, as Recorrentes invocam “princípios constitucionais da confiança e determinabilidade da lei aplicável”, sendo estes princípios, na verdade, mais um argumento a favor para que a presente acção seja apreciada pelos tribunais judiciais, pois, a Recorrida têm maior confiança nestes tribunais, até porque as decisões dos tribunais arbitrais têm vindo a estar sob suspeitas.

8 – Aliás, as Recorrentes não apresentam um único argumento para que a presente acção seja apreciada pelos tribunais arbitrais, pois, se nem a celeridade é do interesse delas que interpõem recursos e mais recursos com vista unicamente a protelar o andamento da presente acção!

9 – Decidiram bem os tribunais de 1.ª e 2.ª instâncias ao julgarem improcedente a excepção dilatória invocada pelas Recorrentes de violação de convenção de arbitragem, decisões para onde se remete expressamente e se dão aqui como integralmente reproduzidas, por nelas se fazer uma correcta aplicação da lei e da nossa Constituição.

10 – De facto, e de acordo com a posição plasmada no Acórdão do STJ de 18/01/2000 a força expansiva do direito de acesso aos tribunais, constitucionalmente prevista e protegida, possibilita o recurso aos tribunais judiciais para a resolução de conflitos que, em princípio apenas poderiam ser submetidos a apreciação do tribunal arbitral.

11 – O direito de acesso aos tribunais é um direito fundamental, material e formalmente constitucional, inalienável, e que faz parte do núcleo duro da nossa CRP, que não pode ser alterado, e que, necessariamente, se sobrepõe à exigência de cumprimento de uma convenção de arbitragem, celebrada entre as partes, ou seja, sobrepõe-se aos princípios de autonomia privada e autodeterminação e não pode nunca ser negado por insuficiência de meios económicos.

12 – É apenas através dos tribunais judiciais que o Estado garante o direito de acesso à justiça aos cidadãos com insuficiência de meios económicos, mediante o instituto do apoio judiciário.

13 – Recorrendo aos tribunais arbitrais não seria possível à recorrida socorrer-se do instituto do apoio judiciário, o que equivaleria a negar-lhe o seu direito fundamental de acesso à justiça, seja como for, sempre se verificaria no caso sub iudice uma inexigibilidade da prestação, devido à existência de direitos de plano superior que se opõem aos direitos das Recorrentes.

14 – Perante todo o exposto, improcedem todas as conclusões formuladas pelas Recorrentes por serem inócuas, contraditórias e carecerem de fundamentação de facto e de Direito, e ainda por violarem, entre outras, as normas constantes dos artigos 20.º, 204.º, 280.º, n.º 1 al. a) da CRP e 70.º n.º 1 al. a) LTC.»

5. As recorrentes responderam à questão prévia, concluindo pela sua improcedência.

6. Compulsados os autos, apura-se o seguinte:

O Centro de Inglês de Santa Bárbara, Lda., intentou acção contra Wall Street Institute – Centro Inglês, S. A., e WSI – Consultadoria e Marketing, Lda., pedindo a condenação da primeira ré a pagar-lhe as quantias correspondentes ao crédito emergente de resolução ilegal de contrato de franchising e às rendas vencidas, relativas a contrato de arrendamento celebrado pela autora com terceiros (com vista a instalar o centro de ensino a que se refere o contrato de franchising) e a condenação de ambas as rés a pagar-lhe a quantia correspondente ao crédito da autora emergente de obras e benfeitorias realizadas no local objecto de subarrendamento (para onde a autora transferiu as instalações do centro de ensino a que se refere o contrato de franchising).

Na contestação as rés invocaram a excepção dilatória de violação de convenção de arbitragem, tendo a autora pugnado pela sua improcedência.

Efectuadas diligências de prova requeridas, foi proferida decisão, pelo Tribunal da Comarca de Braga, julgando improcedente a invocada excepção dilatória de violação de convenção de arbitragem e declarando este tribunal judicial competente para a preparação e julgamento da acção. Nesta decisão conclui-se o seguinte: «Conciliando desta forma todo o nosso ordenamento jurídico (lei constitucional e lei ordinária), e porque o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, que se encontra em plano superior ao direito das rés (o direito potestativo a exigir a arbitragem), temos que concluir que *difficultas praestandi* da autora torna inexigível que ela cumpra o acordo de arbitragem e que não é assim possível opor-lhe, de forma procedente, a excepção dilatória de violação de convenção de arbitragem».

Desta decisão as rés interpuseram recurso de agravo para o Tribunal da Relação de Guimarães, alegando, além do mais, que «a não aplicação do disposto no artigo 494.º, alínea j), do CPC, ainda que por força da prevalência do artigo 20.º da CRP é, na prática, equiparável àquela em que tenha havido uma pura e simples recusa da aplicação da referida norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade, para além de violar os princípios constitucionais da protecção da confiança e determinabilidade da lei aplicável pelo tribunal, é inconstitucional» (cf. conclusão n.º 21 do recurso, a fls. 85 dos autos).

Por acórdão de 05.03.2006, o Tribunal da Relação de Guimarães negou provimento ao agravo, remetendo para os fundamentos da decisão recorrida. Lê-se neste acórdão, na parte que agora releva: «[...] Destes princípios resulta

que, existindo uma convenção de arbitragem e ocorrendo a superveniência de uma situação de insuficiência económica que impossibilite uma das partes da convenção a suportar as despesas com a constituição e funcionamento da arbitragem pode deixar de a ela recorrer e submeter o litígio aos tribunais do Estado.

É a doutrina do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.01.00 a que a A. faz referência e à qual aderimos, uma vez que, se assim não fosse, perante a impossibilidade de a parte custear as despesas da arbitragem, ficaria impossibilitada de aceder aos tribunais e obter a realização da justiça para o seu caso, frustrando-se o princípio constitucional de acesso ao direito. [...]

Ora, não resultando provado que a situação económica e financeira da A. se deveu a culpa sua, impõe-se que se conclua pela improcedência da invocada excepção e pela competência dos tribunais judiciais. [...]

Novamente inconformadas, as rés interpuseram recurso de agravo, em 2.ª instância, para o Supremo Tribunal de Justiça, com fundamento em contradição de julgados.

Por despacho de 29.03.2007 o recurso não foi admitido.

Deste despacho as rés reclamaram para a conferência, não tendo tal reclamação sido admitida por despacho de 24.05.2007.

Ainda inconformadas, as rés interpuseram o presente recurso para o Tribunal Constitucional.

Tudo visto e apreciado, cumpre decidir.

II – Fundamentação

7. A recorrida sustenta a inadmissibilidade do presente recurso para o Tribunal Constitucional, por entender, em síntese, que as recorrentes não indicam expressamente a norma cuja inconstitucionalidade querem ver apreciada e porque, de qualquer forma, não suscitaram qualquer questão de inconstitucionalidade na primeira instância.

Importa, assim, começar por apreciar a verificação dos pressupostos necessários ao conhecimento do objecto do recurso.

Este vem interposto ao abrigo da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, segundo a qual cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que «recusem a aplicação de qualquer norma, com fundamento em inconstitucionalidade».

Ora, os termos em que o recurso vem formulado levantam fundadas dúvidas quanto ao preenchimento dos requisitos do seu conhecimento, ainda que não pelas razões invocadas pela recorrida. Na verdade, e não obstante o convite a aperfeiçoamento que lhes foi dirigido, as recorrentes definem o objecto do recurso, em certos trechos, de forma pouco compatível com a via recursória seguida. Basta atentar no ponto n.º 10 do requerimento de recurso, integralmente reproduzido na resposta ao convite ao aperfeiçoamento e nas alegações. Aí se diz que «as ora Recorrentes pretendem ver apreciada a inconstitucionalidade da norma segundo a qual a excepção dilatória de violação da convenção de arbitragem prevista no artigo 494.º, al. j) do CP Civil não é aplicável nos casos em que a "dificultas prestandi" de uma das partes de um contrato, torna inexigível que ela cumpra o acordo de arbitragem. Ainda segundo esta norma o direito de acesso à justiça consagrado no artigo 20.º da Constituição está situado num plano superior ao "direito à arbitragem" das Recorrentes (fls. 982); pelo que não é possível opor-lhe, de forma procedente, aquela excepção dilatória.»

É notória a confusão, a nível das formulações, entre dois tipos distintos de recurso – o da alínea *a*) e o da alínea *b*) do artigo 70.º, n.º 1, da LTC –, também patente no modo como se rematam as conclusões das alegações. Estas finalizam requerendo que o Tribunal Constitucional «declare inconstitucional a norma do tribunal "a quo" que, a coberto de uma interpretação conforme à Constituição julgou inaplicável a norma do artigo 494.º, al. j) do CPC ao caso concreto, tudo com as legais consequências.» Quer dizer, em vez de impugnarem directamente a inaplicação desta norma ao caso concreto, decisão tomada para evitar a inconstitucionalidade da denegação do acesso à justiça (o que, logicamente, implicaria a defesa da constitucionalidade da orientação oposta), as recorrentes contestam o critério normativo (a "norma do tribunal 'a quo'", na sua expressão) que levou à improcedência da excepção dilatória decorrente da violação de convenção de arbitragem, prevista naquela norma, qualificando-o como inconstitucional. Noutros termos: em vez de ter por objecto a norma do Código de Processo Civil que a decisão recorrida julgou inaplicável, o recurso parece incidir sobre a "norma" (de criação judicial), que justifica o juízo de inconstitucionalidade que está por detrás dessa decisão.

Mas, não obstante estas graves deficiências de formulação, é inequívoco que as recorrentes pretendem ver apreciado se, em caso de insuficiência económica que impossibilite suportar os custos de um tribunal arbitral, o direito de acesso à justiça consagrado no artigo 20.º da Constituição torna inexigível o cumprimento de convenção de arbitragem, com a consequente inaplicação da

excepção dilatória prevista no artigo 494.º, alínea j), do Código de Processo Civil.

A questão de constitucionalidade suscitada é, ao fim e ao cabo, a de que «a coberto de uma interpretação conforme à Constituição, o Tribunal Judicial de Braga e o Tribunal da Relação de Guimarães, julgaram, afinal, a norma inaplicável ao caso concreto» (ponto n.º 11 do requerimento do recurso).

Ou seja, o que se questiona não é a aplicação de um qualquer sentido normativo da norma, arguido de inconstitucional (caso em que o recurso adequado seria o da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC), mas antes a recusa da sua aplicação ao caso concreto, por força de um imperativo constitucional.

Apesar da formulação algo contraditória, é esse o objecto do recurso que, ainda assim, se retira dos requerimentos e das alegações das recorrentes. O sentido da jurisprudência deste Tribunal e dos trechos doutrinários que os recorrentes invocam abona também claramente esta identificação do objecto do recurso.

Para ela aponta, de igual modo, de forma particularmente clara, a seguinte caracterização do vício de que alegadamente enferma a decisão recorrida (ponto 36 das alegações, a fls. 681):

«A recusa da aplicação pelo tribunal de 1.º instância e pelo Tribunal da Relação de Guimarães da norma estabelecida no artigo 494.º, al. j), do CPC, ao caso concreto, ainda que a a coberto de uma interpretação conforme à Constituição, recusando assim a aplicação da lei com fundamento na sua inconstitucionalidade, representa um afastamento objectivo de uma disposição legal que não contraria nenhuma disposição ou princípio constitucional»

A mais disso, esse alcance do recurso é perfeitamente adequado ao sentido da decisão recorrida (que no caso, atenta a não admissão do recurso pelo Supremo Tribunal de Justiça, é o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, que confirmou a decisão do Tribunal da Comarca de Braga).

Do teor do acórdão recorrido resulta claro, na verdade, que o tribunal efectuou uma interpretação do artigo 494.º, alínea j), do Código de Processo Civil, que reduz o seu âmbito literal de aplicação, dele excluindo, em cumprimento do direito de acesso à justiça consagrado no artigo 20.º da Constituição, os casos, como o dos autos, em que «existindo uma convenção de arbitragem e ocorrendo a superveniência de uma situação de insuficiência económica que impossibilite uma das partes da convenção a suportar as despesas com a constituição e funcionamento da arbitragem». Em consequência, considerou o tribunal que a *difficultas praestandi* da autora (aqui recorrida) tornava inexigível que ela cumprisse o acordo de arbitragem e que não era possível opor-lhe, de

forma procedente, a excepção dilatória de violação de convenção de arbitragem, podendo a mesma submeter o litígio aos tribunais do Estado.

É certo que o tribunal *a quo* não emitiu expressamente um juízo de inconstitucionalidade da norma constante do artigo 494.º, n.º 1, alínea j) do CPC, fundamentador da sua frontal recusa de aplicação ao caso concreto – o que, admite-se, terá dificultado aos recorrentes uma mais directa e precisa identificação do objecto do recurso. Mas aquele tribunal só pôde proceder assim porque ressaltou do âmbito aplicativo desse preceito as situações de insuficiência de meios económicos, impeditivas da satisfação do direito de acesso à justiça. A inconstitucionalidade só não é declarada porque, justamente, a solução que a concretizaria é evitada através de uma interpretação redutora do alcance da norma, de forma alguma contida no seu teor literal.

Ora, já no Acórdão n.º 137/85 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 6.º vol., 321 s.) se entendeu que «(...) à recusa de aplicação de norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade, se há-de equiparar o juízo de inaplicabilidade de norma que decorra, única ou primacialmente, da sua interpretação conforme à Constituição».

É esta a situação presente, no caso dos autos. A improcedência da excepção dilatória da violação de convenção de arbitragem ou, dito de outro modo, a inaplicação do artigo 494.º, alínea j), do CPC, deveu-se apenas à adequação do seu alcance, por razões de constitucionalidade (o acolhimento do direito consagrado no artigo 20.º da Constituição), o que, naquele entendimento, que, nesse ponto, aqui se retoma, equivale a uma recusa de aplicação da referida norma. Como tal, a decisão é susceptível de recurso ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC.

Nem, em bom rigor dogmático, estamos perante uma “interpretação conforme à Constituição”. Esta, para “continuar a ser interpretação”, “não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei” (GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Coimbra, 2002, 1293). Não foi essa a operação aqui realizada. Por influxo constitucional, apenas para evitar uma conformação normativa tida por constitucionalmente inaceitável, a norma foi submetida a uma verdadeira *reconstrução de conteúdo*, com introdução de uma ressalva que o seu texto claramente não comporta.

E, muito embora a sentença recorrida utilize também padrões normativos de direito comum, como a *inexigibilidade* ou a *impossibilidade de cumprimento*, eles não são tratados autonomamente, à margem do parâmetro constitucional, mas antes apreciados e aplicados à luz do quadro valorativo do artigo 20.º da

Constituição. Tal decorre ineludivelmente da estruturação dos fundamentos em que se apoia a decisão recorrida. Na verdade, depois de referenciar o direito de acesso aos tribunais e de enfatizar a sua proeminência em face da autonomia privada, conclui a decisão: «*Destes princípios resulta que, existindo uma convenção de arbitragem e ocorrendo a superveniência de uma situação de insuficiência económica que impossibilite uma das partes da convenção a suportar as despesas com a constituição e funcionamento da arbitragem pode deixar de a ela recorrer e submeter o litígio aos tribunais do Estado*» [italico nosso].

Não sofre, pois, dúvida de que o direito de acesso à justiça é causa única do relevo exoneratório conferido àquelas situações. É expressamente por atendimento dessa garantia constitucional que a decisão recorrida pôde reforçar aquela conclusão, acrescentando que «*verificada a insuficiência económica superveniente por culpa não imputável à parte, fica desonerada da obrigação de recorrer à arbitragem, podendo ter acesso aos tribunais judiciais sem que lhe possa ser oposta a excepção dilatória de violação de convenção de arbitragem.*»

A utilidade do conhecimento do recurso não pode, assim, ser posta em causa.

Resta dizer que, no âmbito do recurso previsto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC é irrelevante saber se a questão foi, ou não, suscitada pela recorrente no decurso do processo, uma vez que esse não é um pressuposto deste tipo de recurso (artigo 72.º, n.º 2, da LTC).

8. Na medida em que admite a existência de tribunais arbitrais (artigo 209.º, n.º 2) a ordem jurídico-constitucional portuguesa não estabelece um monopólio estadual de administração da justiça. A apreciação e solução de um litígio podem ser confiadas a tribunais constituídos por particulares, gozando a decisão por estes proferida de força executiva idêntica à das sentenças judiciais (artigo 26.º, n.º 2, da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto).

O reconhecimento daquela categoria de tribunais implica, naturalmente, que, no campo dos direitos disponíveis (artigo 1.º, n.º 1, da referida Lei), as partes em conflito possam a eles recorrer, por opção voluntária, expressa em convenção de arbitragem. Esta tem natureza de *negócio jurídico processual* (LEBRE DE FREITAS, "Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem", *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, II, Coimbra, 2002, 627): assim como, através de um acordo de vontades, os sujeitos podem autodisciplinar vinculativamente os seus interesses, em modelação, pelos próprios, das relações jurídicas materiais, assim também, no âmbito per-

mitido, lhes é facultado atribuir competência a terceiros para dirimir litígios que tenham surgido, ou possam vir a surgir, na esfera dessas relações.

Como qualquer outro negócio jurídico, a convenção de arbitragem produz efeitos juridicamente vinculantes para os sujeitos que a celebraram, sendo dotada das garantias de efectividade próprias do direito. Tratando-se de um acto de autonomia privada, e, portanto, de uma liberdade cujo exercício é constituinte de juridicidade (v. CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do direito. Contributo para a revisão do seu problema*, Coimbra, 1985, 101 s.), a permissão e reconhecimento pelo ordenamento vêm necessariamente acompanhados da disponibilização de garantias e de meios de tutela, para que se cumpra a vontade negocialmente afirmada.

Expressão disso mesmo é o disposto na alínea *f*) do artigo 494.º do CPC. A atribuição de competência ao tribunal arbitral, através da convenção de arbitragem, tem como efeito negativo impedir a resolução judicial do litígio. Sendo a acção instaurada no tribunal judicial, a convenção, desde que invocada, obstaculiza que esta instância conheça da causa e profira decisão de mérito. Em conformidade, a violação de convenção de arbitragem configura, nos termos daquela norma, uma excepção dilatória, por não estar verificado o pressuposto processual atinente à competência do tribunal demandado. Também assim, por via preclusiva, se assegura a observância da convenção de arbitragem.

E a solução, na medida em que garante eficácia ao exercício da autonomia privada, presta tributo ao valor constitucional da *autodeterminação*, contribuindo para a sua realização, no campo específico das relações jurídicas. A autonomia privada constitui, verdadeiramente, "o modo de produção jurídica ajustado à autodeterminação" (PAULICK). É este direito, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, como direito pessoal, expressa-se também, a nível do económico-empresarial, como liberdade de iniciativa (artigo 61.º, n.º 1), que comporta a liberdade de conformação jurídica das relações intersubjectivas. Pelo que o respeito pela vontade exteriorizada na convenção de arbitragem, sendo um factor de certeza e de segurança jurídicas, representa também a efectivação das consequências intencionadas pelo exercício da liberdade de acção dos sujeitos, de que o negócio jurídico é instrumento, na esfera das relações jurídicas.

Simplemente, essa efectivação não pode ser isolada dos referentes normativos de protecção constitucional de outros direitos ou valores, em cujo âmbito de previsão a situação também, *prima facie*, se integra, e que são susceptíveis de com ela colidir. Como este Tribunal tem reiteradamente decidido – cf., em especial, o Acórdão n.º 254/99, tirado em plenário –, perante exigências confl-

tuantes, só uma ponderação de bens, situativamente ajustada às circunstâncias concretas do caso decidendo, permite encontrar um critério de ordenação constitucionalmente conforme.

No caso *sub judice*, foi dada como comprovada a impossibilidade de o recorrido arcar com as custas judiciais, por insuficiência de meios económicos. Para efectivação do direito de acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses (artigo 20.º, n.º 1, da CRP), estava, pois, em condições de beneficiar de apoio judiciário que, efectivamente, lhe foi concedido, na modalidade de apoio total, na acção por ele instaurada no tribunal judicial. A competência deste tribunal foi, todavia, impugnada pelo recorrente, réu nessa acção, com base na prévia estipulação de uma cláusula compromissória, que pretende ver integralmente executada.

Não estando prevista a atribuição de apoio judiciário nos tribunais arbitrais, o cumprimento estrito desse acordo coloca o recorrido numa situação de *indefesa*. A situação conflituante nasce, precisamente, da impossibilidade de satisfação simultânea dos direitos pertinentemente invocados, ambos com tutela constitucional: o de liberdade negocial, como expressão da autodeterminação, a qual impõe a observância dos efeitos vinculativos do seu exercício sem vícios; o de tutela jurisdicional efectiva, que, nas circunstâncias concretas, aponta no sentido da inexigibilidade da sujeição a esses efeitos.

E o modo como o problema se apresenta não permite uma solução que passe pela conciliação ou harmonização dos dois direitos em conflito, em termos de uma cedência recíproca deixar assegurada uma satisfação bastante de ambos. A concreta configuração dilemática deste conflito de direitos só admite uma solução optativa, de preferência absoluta de um, com sacrifício total do outro; ou se cumpre a convenção de arbitragem, o que importará a denegação de justiça a uma das partes, por entraves de capacidade económica; ou, como único meio de garantir a este contraente o acesso à tutela jurisdicional efectiva, se dá como competente o tribunal judicial, o que significa negar eficácia ao livremente acordado na convenção de arbitragem. Em configurações deste tipo, o atendimento mínimo do interesse sacrificado só pode alcançar-se através da definição rigorosa dos pressupostos casuísticos que conferem "razões de prevalência" ao interesse tutelado.

Os factores de ponderação atendíveis apontam, todos eles, no sentido do segundo termo da alternativa acima enunciada. Na verdade, não está em causa, na estipulação de uma convenção de arbitragem, um aspecto nuclear da autodeterminação, uma sua manifestação primária directamente presa ao seu étimo

fundante, mas um seu modo de exercício muito específico, atinente à indicação convencional da competência decisória de um tribunal, situado fora da orgânica judiciária. Não poderá dizer-se que este modo concreto de exercício da liberdade negocial seja postulado pela realização do indivíduo como pessoa. Não estamos, pois, dentro do domínio de "protecção máxima" da autodeterminação (cf., quanto a este tópico e aos factores de ponderação, em geral, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Coimbra, 2007, 320 s.).

Em segundo lugar, o interesse sacrificado com a preterição do tribunal arbitral é de ordem puramente instrumental, tem a ver apenas com o afastamento de uma via preferencial de apreciação e solução do litígio. Não é afectada, ainda que indirectamente, nenhuma posição material atinente à destinação dos bens. As possibilidades de realização do interesse final do recorrente, quanto ao objecto do litígio, mantêm-se intactas.

Sendo assim, o sacrifício que a solução representa, para o interessado na via arbitral, afigura-se necessário e perfeitamente proporcionado à salvaguarda do bem protegido com a garantia da tutela jurisdicional. Satisfaz, pois, o critério da proporcionalidade, aqui aplicável, uma vez que, como se afirma no Acórdão n.º 254/99, «em geral, sempre que a solução de um conflito de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos se faça pela proibição do exercício de um direito em certas circunstâncias, seja a proibição explícita, implícita ou obtida por remissão, têm justificação as cautelas constitucionais contra as leis restritivas».

A solução contrária, acarretando, pela perda de apoio judiciário, a perda definitiva e total do direito de levar à apreciação de um tribunal uma pretensão jurídica, é que redundaria na desprotecção absoluta da posição jurídica reivindicada, com lesão frontal e particularmente intensa de um valor primariamente constituinte do Estado de direito.

Solução, esta, tanto mais chocante quanto é certo que a situação de insuficiência económica, fundamentadora do apoio judiciário, se prende com o objecto do litígio. Numa relação tipicamente geradora de dependência económica, como é a decorrente de um contrato de *franchising*, a quebra do vínculo representa muitas vezes, para o franchisado, a perda da principal ou única fonte de receitas, inviabilizando a prossecução de actividade empresarial – como neste caso aconteceu (cf. a matéria de facto provada, transcrita no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães). A apreciação da licitude daquela conduta é, ao mesmo tempo, apreciação da imputação ou não à recorrente da causa determinante da

situação de "insuficiência de meios económicos" do recorrido. Um juízo quanto à questão controvertida confunde-se com um juízo quanto à responsabilidade ou não da recorrente na causação da situação incapacitante, em termos fácticos, do exercício do direito de acção perante o tribunal arbitral. De forma que a denegação a este de qualquer forma de tutela jurisdicional, consequência inevitável, nas circunstâncias concretas, da vinculação àquele tribunal, poderia importar que a satisfação do interesse da contraparte resultasse de uma situação de carência imputável a uma conduta ilícita do beneficiado – o que seria verdadeiramente intolerável.

De facto, através da invocação da excepção dilatória de violação da convenção de arbitragem, a ser ela procedente, o réu obstaría, nas circunstâncias do caso, a que o autor obtivesse a prolação de uma decisão de fundo. Assim fecharia a porta à apreciação do rompimento do contrato de *franchising* e, com isso, à hipótese de uma decisão favorável à contraparte, o que, a concretizar-se, implicaria o poder prevalecer-se de uma situação por si ilícitamente gerada.

De resto, o poder de decisão do tribunal arbitral, mesmo quando assenta na vontade das partes, tem uma óbvia dimensão institucional, sujeita a condicionamentos e restrições decorrentes da regulação estadual. A liberdade de celebração de uma convenção de arbitragem, que se traduz na atribuição de competência a um tribunal arbitral, não é auto-realizável, ficando a eficácia do seu exercício dependente de uma actividade de administração da justiça estritamente conformada, de modo a oferecer garantias equivalentes às de um tribunal judicial. Ao admitir um poder de julgar paralelo ao dos tribunais integrados na organização judiciária, o Estado não se demite do seu papel de garante último da realização da justiça. Daí, além do mais, a observância imperativa, na tramitação a decorrer nos tribunais arbitrais, dos princípios fundamentais do processo (artigo 16.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto), cuja violação é fundamento de anulação da decisão (alínea *c*) do n.º 1 do artigo 27.º do referido diploma), e a proibição absoluta, em contratos de adesão, de cláusulas que "(...) prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei" (alínea *h*) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro).

O Estado não abre, designadamente, mão da garantia, a todos assegurada, do acesso à justiça. Quando a efectivação dessa garantia requer a prestação de apoio judiciário, não prevista no âmbito dos tribunais arbitrais, o único meio de evitar o resultado, constitucionalmente inaceitável, de denegação da justiça, é

o reassumir de competência do tribunal judicial. Não pode invocar-se, em contrário, a tutela constitucional do livre desenvolvimento da personalidade, pois ela não dá cobertura a um acto de autonomia privada, quando a sua execução nos termos acordados deixa inteiramente desprotegido o direito fundamental de acesso à justiça.

Ainda que a propósito de situações de conflito não coincidentes com a dos autos, o mesmo ponto de vista valorativo, de prevalência da proibição de denegação da justiça, tem sido expresso em numerosos arestos deste Tribunal, fundando decisões de inconstitucionalidade de proceitos que condicionam o exercício de direitos ou faculdades processuais ao prévio depósito de quantias ou à prestação de garantias, *não supríveis através do apoio judiciário* – cf. as indicações fornecidas por MARIO DE BEIRO, "Acesso ao direito e aos tribunais", *O Direito*, ano 127.º (1995), 351 s., aqui 365 s.

A recorrente invoca, contra a decisão recorrida, os *princípios constitucionais de confiança e determinabilidade da lei aplicável*.

Mas sem razão.

Na verdade, quando está em causa o direito à execução, nos termos acordados, de um contrato, a protecção da confiança confunde-se, no plano constitucional, com a protecção do exercício negocial da liberdade de determinação. Neste contexto, a confiança *legítima*, como vector subjectivo daquele princípio, só é afirmável na medida em que sejam de acolher constitucionalmente as consequências vinculativas daquele exercício. Para o determinar, há que ponderar, como fizemos, a projecção conflituante de outros direitos também constitucionalmente protegidos. Em face do concreto quadro situacional, essa metódica aplicativa levou a considerar que a protecção constitucional da autonomia privada devia ceder, numa compressão *a posteriori*, como única forma de dar efectividade à proibição de indefesa. O princípio da confiança, como princípio estruturante da ordem jurídico-constitucional, não tem aqui espaço de operatividade autónoma, para contrariar esse veredicto.

III – Decisão

Pelo exposto, decide-se:

a) Julgar inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 494.º, alínea *f*), do Código de Processo Civil, quando interpretada no sentido de a excepção de violação de convenção de arbitragem

ser oponível à parte em situação superveniente de insuficiência económica, justificativa de apoio judiciário, no âmbito de um litígio que recai sobre uma conduta a que eventualmente seja de imputar essa situação;

b) Em consequência, confirmar a decisão recorrida, na parte impugnada.

Lisboa, 30 de Maio de 2008.

Joaquim de Sousa Ribeiro – Mário José de Araújo Torres – Benjamim Rodrigues – João Cura Moriano – Rui Manuel Moura Ramos (com declaração).

DECLARAÇÃO DE VOTO

Mantenho dúvidas sobre se a decisão recorrida teria efectivamente recusado, por inconstitucionalidade, a aplicação da dimensão normativa cuja conformidade à Constituição o acórdão discute. Na verdade, o Tribunal da Relação de Guimarães, numa interpretação cuja correcção não cabe a este Tribunal apreciar, perspectivando embora o seu raciocínio no contexto do direito de acesso aos tribunais e da sua força expansiva, confirmou a decisão da primeira instância, nos termos da qual a impossibilidade de cumprir uma obrigação acessória da obrigação principal acarretaria, nos termos do artigo 790.º do Código Civil, uma extinção desta última, fundada em impossibilidade de cumprimento da mesma por causa não imputável ao devedor (p.462). A circunstância de a tal interpretação não ser indiferente o intuito de não frustrar o princípio constitucional do acesso ao direito não é suficiente, a nosso ver, para a fazer equivaler a uma verdadeira recusa de aplicação com fundamento em inconstitucionalidade, uma vez que, movendo-se embora (como mais do que legítimo é exigido) no âmbito da Constituição, o tribunal recorrido se continua a colocar no plano do direito infraconstitucional. Tal resulta sobretudo de o afastamento da estatuição do artigo 494.º alínea j) do Código de Processo Civil decorrer afinal tão só do preenchimento da hipótese legal do referido artigo 790.º E que assim é comprova-o ademais a circunstância de a decisão recorrida não ter dispensado a verificação de outros pressupostos da aplicação daquela norma (a falta de culpa do recorrido na criação da situação de insuficiência económica em que se encontra), verificação que apenas se compreende quando a solução do caso concreto é feita derivar da aplicação desse comando legal. – Rui Manuel Moura Ramos.

ANOTAÇÃO

1. O Acórdão 311/2008 do Tribunal Constitucional¹, que se vai comentar, exprime a complexidade estrutural que a questão dos conflitos de direitos coloca a qualquer sistema judicial. O sistema normativo, lógica e metodologicamente, é pensado com base no paradigma da possibilidade da harmonização de todos direitos em presença, tarefa que os Tribunais deverão concretizar sempre que não recebam a harmonização já preparada, numa espécie de “pronto a comer” legislativo.

No entanto, esse modelo ideal não consegue funcionar sempre². Então é inevitável aliviar a tensão normativa, pacificando a relação jurídica de um modo que sacrifica uns direitos no altar de outros. O conflito de direitos, neste sentido, opõe-se à harmonização de direitos, constituindo na prática uma situação de patologia objectiva³.

Por isso a solução judicial do conflito que se opere no caso concreto, deve, na máxima medida possível, tentar sacrificar ao mínimo cada

¹ Diário da República, 2ª série, n.º 148, 1 de Agosto de 2008, págs 34401-5.

² A menos que se entenda que a resolução do problema pelo prevalecimento de um dos direitos em detrimento do outro ainda constitui uma forma de harmonização entre eles, à maneira da “harmonização” que exista na relação entre senhor e escravo.

³ Veja-se, por exemplo, Vieira de Andrade, in “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Almedina, Coimbra 1987, pp.2 21 e seguintes:

“A solução dos conflitos e colisões não pode ser resolvida com o recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais. Não se pode sempre (ou talvez nunca) estabelecer uma hierarquia entre os bens para sacrificar os menos importantes (...).”

A questão do conflito de direitos ou de valores depende, pois, de um núcleo de ponderação, no qual se procura, em face de situações, formas ou modos de exercício específicos (especiais) dos direitos, encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto dos valores constitucionais (à ordem constitucional).

J.J. Gomes Canotilho, in “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7.ª Edição, Almedina, 2003, p. 1274:

“(...) necessidade de as regras do direito constitucional dos conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (...). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro (...).”

um dos direitos trazidos à colação. Isso impõe um processo reflexivo aos tribunais que deve ser tanto maior quanto mais superior seja o tribunal que se confronte com o problema. Mesmo em sistemas de "civil law", em que os precedentes não têm a importância sistémica que caracteriza os sistemas de "common law", uma decisão de um tribunal superior exerce – ou deve exercer – um magistério de influência que não pode ser menosprezado. Quanto maior o poder, maior a responsabilidade.

Esta regra de prudência faz ainda mais sentido quando se trata de um tribunal cuja função seja a de definir no caso concreto⁴, a fronteira da constitucionalidade, como acontece com o nosso Tribunal Constitucional (TC). É que, neste caso, a decisão tende a ser mais vinculativa do que acontece com as decisões de outros tribunais superiores, por serem as suas decisões algo que se encontra a meio caminho entre a simples magistratura de influência e a dinâmica potencialmente férrea do sistema de precedentes⁵.

Entendo, por tudo isso, que qualquer Tribunal – e acima de todos o TC – deve ser muito prudente e cauteloso quando aparentemente se confronta com uma situação de conflitos de direito, não devendo concluir que isso ocorre antes de responder às seguintes questões: (i) os factos que sustentam as diversas posições de direito são de molde a que, para além de uma dúvida razoável, deles se conclua que as possíveis soluções de direito para o problema não são harmonizáveis? (ii) admitindo-se que não são harmonizáveis, não haverá possibilidade de encontrar no sistema normativo uma solução capaz de pacificar a relação jurídica de um modo que optimize as várias possibilidades em vez de se decidir pela sobreposição de um dos direitos, dentro do dilema intelectual e prático

⁴ Mas com possibilidade de acabar por conferir força geral e abstracta ao seu pensamento historicizado, nos termos do artigo 281.º n.º 3 da CRP

⁵ J.J. Gomes Canotilho, in "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", 7.ª Edição, Almedina, 2003, p. 681 "A jurisdição constitucional atribui-se também um papel político-jurídico, conformador da vida constitucional, chegando alguns sectores da doutrina a assinalar-lhe uma função de conformação política em tudo semelhante à desenvolvida pelos órgãos de direcção política.

As decisões do Tribunal Constitucional acabam efectivamente por ter força política, não só porque a ele cabe resolver, em última instância, problemas constitucionais de especial sensibilidade política, mas também porque a sua jurisprudência produz, de facto ou de direito, uma influência determinante junto dos outros tribunais e exerce um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direcção política".

que o caso concreto parece inexoravelmente gerar? (iii) e, se de novo for assim, não haverá forma de resolver o conflito de direitos de uma maneira menos radical, menos provocadora de tensões futuras, menos instrumentalizável a outras finalidades para além da legítima preocupação de solucionar uma situação limite? (iv) e, finalmente, não será possível restringir os efeitos da solução para o conflito de leis de um modo que evite a propagação como uma infecção da solução concreta para além do caso em análise, poluindo valores essenciais do sistema normativo, como é neste caso o princípio da santidade dos contratos e da adequação do sistema arbitral a outras factuais que sejam diversas da analisada?

Como adiante se explicitará, em minha opinião o Acórdão 311/08 falha nestes quatro testes e, por isso, merece censura. Iremos tentar explicar porquê.

2. A primeira questão – os factos demonstram ou não o conflito insanável? – poderá pensar-se que é uma falsa questão, visto que surgirá já resolvida aos tribunais de cassação, dado que estes apenas analisam as questões de direito. Mas, como veremos, não é forçosamente assim. Aparentemente, neste seu acórdão o TC conclui, da atribuição de apoio judiciário na modalidade de apoio total, que se estaria *ipso facto* perante uma situação de conflito insanável entre o inalienável "direito ao direito", previsto no artigo 20.º da Constituição, e o direito a obter da outra parte o respeito da santidade do contrato em que fora acordada a arbitragem como forma de resolução de litígios entre as contratantes.

Ora essa inferência não pode nem deve ser feita de forma automática. Em primeiro lugar, por ser público e notório que o benefício do apoio judiciário não era nessa época sempre concedido apenas após rigoroso escrutínio de existência de insuficiência económica limite, antes surgindo em muitos casos – denunciados aliás pela Magistratura Judicial, e com razão – como uma forma de colocar o Estado a suportar os honorários do mandatário da Parte. Depois, porque não existe uma relação forçosa e inequívoca entre atribuição de apoio judiciário e a impossibilidade da empresa se manter no giro comercial, como é atestado pelo facto dela se não ter apresentado à insolvência e ao competente plano legalmente previsto⁶.

⁶ Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Lei n.º 39/2003 de 22 de Agosto, arts. 192.º e ss.

Este facto deveria ter sido analisado pelo TC, e não foi. Finalmente, seria necessário sindicá-lo – nos termos da própria fundamentação do Acórdão comentado – se a situação de insuficiência económica em que aparentemente se encontrava a empresa em questão não fora causada por culpa que lhe fosse imputável⁷.

É certo que o Acórdão menciona que o litígio resulta – do ponto de vista da entidade que beneficiou de apoio judiciário – do incumprimento de hipotéticos deveres de indemnização da outra parte, que pusera termo ao contrato. Mas, ainda que assim fosse⁸ a questão a averiguar é se tal hipotético incumprimento é causa necessária e suficiente para aferir da situação de insuficiência económica, não bastando concluir que assim é pelo mero facto de ter sido invocada.

E contra isso não é possível objectar que o processo hipoteticamente não tinha elementos que permitissem aferir esta realidade. De facto, uma coisa é questionar a adequação da decisão das instâncias em matéria de facto, outra será não poder concluir pela inconstitucionalidade no caso concreto, ainda que em abstracto se admitisse essa possibilidade, se não estiverem provados factos – que eventualmente nem tenham sido alegados – e sem os quais a operação de subsunção na *fattispecie* legal se torne impossível.

E a isto tudo acresce que, como é evidente e ao contrário do que terá decidido o Tribunal da Relação de Guimarães, o ónus da prova da falta de culpa no caso em apreço compete à empresa que invoca a *difficultas*

⁷ António Menezes Cordeiro in "Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral" Tomo IV, Edição Livraria Almedina, 2005. "Resulta (...) que (...) para dirimir as colisões de direitos, se imponha sempre uma prévia sindicância do conflito, à luz do sistema.

Deverá ser desamparada a posição da pessoa que, censuravelmente se veio a colocar em situação de colisão. O Direito não obriga as pessoas a, em momento prévio, abdicar de direitos só para prevenir colisões. Mas irá desamparar aquele que o faça censuravelmente, isto é:

– violando regras de conduta;
– ignorando princípios que ao caso caibam."

⁸ E não pode ser, nunca podendo para o tribunal decidir bastar a mera afirmação sem provas da parte interessada, não bastando enfatizar, como refere o Acórdão, que "a situação de insuficiência económica se prende com o objecto do litígio", aceite de forma apodictica.

praestandi, e não à parte contrária⁹. E esta questão podia e devia ter sido apreciada pelo TC. E, aparentemente, não foi.

Mas, ainda que se não admita a sindicabilidade da insuficiência económica pelo TC, sempre teria sido avisado a este nível que, devido à sua função pedagógica e preventiva evidentes, elucidasse com mais detalhe os limites da aplicabilidade da questão da insuficiência económica. Realmente no caso dos autos, a beneficiária do apoio judiciário não se apresentou à insolvência. Ora, em 2004 a Lei n.º 34 de 29 de Julho veio alterar – precisamente também por causa dos abusos na concessão – o regime do apoio judiciário a pessoas colectivas com fins lucrativos, deixando este sistema de lhes ser aplicável. Um acórdão que declara a inconstitucionalidade concreta com base na concessão do apoio judiciário, quatro anos depois da alteração legislativa que o tornou impossível para o futuro, deveria ter por essa razão aprofundado mais o problema e as questões que o habitam.

Por estes motivos se entende que o TC falhou na primeira regra da prudência antes de solucionar a questão do conflito de direitos como o fez. E por causa disso deixou mais dúvidas em aberto do que as que resolveu. Veremos então se o segundo teste falhou também ou não.

3. Recorde-se qual é este segundo teste: haverá ou não possibilidade de encontrar no sistema normativo uma solução capaz de pacificar a relação jurídica de um modo que optimize as várias possibilidades em vez de se decidir pela sobreposição de um dos direitos, dentro do dilema intelectual e prático que o caso concreto parece inexoravelmente gerar?

Recorde-se que o TC entendeu que o "direito ao acesso ao direito" ou "direito à tutela jurisdicional efectiva" deve prevalecer sobre o "direito ao contrato" ou da "liberdade contratual" e o "direito à arbitra-

⁹ Como resulta do conteúdo do Acórdão STJ de 18 de Janeiro de 2000 – relator Aragão Seix – que realça a necessidade da culpa não ser imputável à parte que pretende afastar a arbitragem, "sempre que, mas só quando" é a expressão usada, tendo por isso o Acórdão mandado buixar os autos à Relação para decidir essa questão. Para apreciação da jurisprudência portuguesa sobre a questão, veja-se Joaquim Shearman de Macedo, "Sobre a qualificação civil da incapacidade de suportar os custos do processo arbitral por uma das partes", tese de pós-graduação em arbitragem na Faculdade de Direito da Universidade Nova, ainda não publicada.

gem". Assumamos que assim deva ser. Mas então conviria perguntar se isso não poderia ter sido assegurado sem lesão dos compromissos contratuais livremente assumidos, incluindo a direito a um meio alternativo de resolução de litígios. O TC não se colocou a si próprio essa questão¹⁰; nem que fosse apenas para responder que a conciliação e harmonização dos direitos seria impossível.

Este lapso parece incompreensível, pois esta é matéria bem conhecida da prática arbitral, das normas de direito arbitral internacional¹¹ e da doutrina arbitral internacional. E nem poderia ser de outro modo, sabendo-se que acontece com frequência que empresas que se obrigaram por cláusula compromissória, com o passar do tempo, vieram a entrar em situação de graves dificuldades financeiras.

Para enfrentar este tipo de situação conhecem-se dois modelos principais de superação. O primeiro é típico das instituições que se dedicam à arbitragem¹²: a parte que desencadeia o procedimento arbitral tem de suportar os preparos da parte faltosa, se desejar que o processo prossiga sem que esta pague a sua parte. Esta solução não resolve integralmente o problema (pois os custos com o Mandatário da parte faltosa, seus peritos e deslocamentos de testemunhas não são incluídos nos preparos), mas diminui substancialmente os problemas resultantes das dificuldades financeiras.

Uma outra solução – que tem sido praticada designadamente na Alemanha¹³ – é a de impor à parte que não é afectada pelo problema que custeie integralmente a arbitragem, incluindo honorários razoáveis de

¹⁰ Antes pelo contrário, pois concluiu da situação de concessão de apoio judiciário que a parte ficaria colocada "numa situação de indefesa".

¹¹ Como são os regulamentos de centros de arbitragem institucional. Veja-se por todos Luís Lima Pinheiro in "Arbitragem Transnacional", Edição Almedina, 2005, pág. 70.

¹² Por exemplo, artigo 30, n.º 3 do Regulamento da CCI e art 1, n.º 6 do Apêndice III ao Regulamento, art. 24.3 do Regulamento da LCIA, art R. 54 das Regras da American Arbitration Association, art 41, n.º 4 das Swiss Rules das Câmaras de Comércio deste país, artigo 53 do Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa, para já não falar do artigo 41, n.º 4 da Lei Modelo da UNCITRAL.

¹³ Richard Kreindler e Jan Schaeffer, "Allemagne: Les cinq premières années d'application de la nouvelle législation", Revue de l'Arbitrage, 2003, pá. 495 e segs. e Joaquim Shearman de Macedo, ob cit., págs. 8 e 9.

advogado, sendo evidentemente ressarcido a final nos termos do hipotético decaimento da outra parte e da lei aplicável às custas processuais.

Assim sendo, existem e estão testadas alternativas capazes de harmonizar os direitos aparentemente conflitantes, em termos que viabilizam que sejam respeitados na sua essencialidade. Como é evidente, não se desconhece que os Juizes estão na prática limitados pelo que os Mandatários das Partes saibam carrear para os processos, e por maioria de razão quando se trata de trazer à colação soluções pouco conhecidas e/ou praticadas em Portugal¹⁴.

Mas, ainda que assim seja e que a informação fornecida pela recorrente fosse insuficiente, não seria inviável ao TC fazer alguma investigação que fosse consentânea com a importância crucial para o futuro da arbitragem em Portugal do tema que decidiu. O TC optou por não a fazer, concluindo apressada e sumariamente – sem mesmo enfrentar a questão suscitada pela recorrente e atrás mencionada – que "a concreta configuração dilemática deste conflito de direitos só admite uma solução optativa, de preferência absoluta de um com sacrifício total do outro".

Ao não ter feito a averiguação (e nem ao menos deixando uma linha de orientação para o futuro), e não respondendo a ela, o TC falhou no segundo teste atrás mencionado: havia formas de levar ao máximo a optimização dos dois direitos em conflito, sem necessidade de optar exclusivamente por um deles.

4. Passemos então ao terceiro teste, que se recorda: não haver forma de resolver o conflito de direitos de um modo menos radical, menos provocador de tensões futuras, menos instrumentalizável a outras finalidades para além da legítima preocupação de solucionar uma situação limite.

Quando um tribunal decide nos termos que se vem analisando, uma das preocupações que o deve habitar – sobretudo quando decide no sentido da existência de inconstitucionalidade de uma norma estruturante, como é a de excepção de preterição de tribunal arbitral – é medir as consequências mediatas do que decide. A opção do TC foi que, havendo um conflito que definiu entre o acesso ao direito e uma regra contratual, a

¹⁴ Mas a recorrente nas suas alegações, resumidas pelo TC no ponto 3, VIII – Diário da República cit., pág. 34401, suscitou aliás a questão.

simples invocação de uma das partes de que sofre de insuficiência económica (admita-se que não se provando a sua culpa) deve gerar o efeito de afastar o compromisso contratual da escolha da arbitragem como forma de resolução de conflitos.

Ao deliberar deste modo, o TC não definiu nenhuns critérios ou princípios aferidores que balizem tal tipo de solução. O resultado será óbvio: sempre que uma empresa não queira ter de se sujeitar a um procedimento arbitral – que em regra é mais expedito – por incumprimento contratual, passa a possuir um interesse estratégico em avançar com uma acção judicial em que invoque danos causados pela outra parte em dimensão superior ao das suas responsabilidades, informando o tribunal de que está numa situação de insuficiência económica que a impede de recorrer à arbitragem e até afirmando que a razão nasce precisamente dos danos que a outra parte lhe causou.

O resultado desta opção – sobretudo se acompanhada por uma *anti-arbitration injunction*, que o nosso sistema não proíbe – será colocar o credor que conheça o seu bom direito num dilema complexo: optar por contestar o processo judicial apenas com fundamento na excepção de preterição do tribunal arbitral e na falta de fundamento para aplicar o acórdão sob comentário, mas com isso perder muito tempo (pois a questão irá acabar na justiça constitucional) e correndo o risco – se não atacar a questão de fundo – de decair no processo se a doutrina do TC for aplicada; ou então, desistir de invocar a excepção, confiar que ela não poderá ser conhecível oficiosamente e que nenhum terceiro a venha invocar numa intervenção processual relevante, mas neste caso abdicando da arbitragem.

Os efeitos para a arbitragem em Portugal podem com isto ser devastadores; e sem necessidade. Mesmo que o TC entendesse que no caso concreto deveria declarar a inconstitucionalidade, era seu dever ter densificado a sua conclusão em termos tais que balizassem o tema com rigor e segurança para o futuro, não escancarando a porta a manobras dilatórias de partes inadimplentes.

A forma menos radical de resolver aquilo que aparentemente considerou um conflito de direitos não harmonizável teria sido precisamente fugir ao conteúdo muito geral e abstracto por que optou, antes aprofundando o caso concreto de tal modo que para o futuro se soubesse que esta decisão foi excepcional e que os testes futuros serão sempre muito

exigentes e cautelosos, devendo as partes que assinem compromissos arbitrais contar com a probabilidade séria de que o TC lhes não dará razão a não ser em casos em que fiquem provadas rigorosas condições que o justifiquem e são definidas. O TC ao optar por uma solução de facilidade, falhou o terceiro teste.

5. Finalmente o quarto teste: não será possível restringir os efeitos da solução para o conflito de leis de um modo que evite a propagação como uma infecção da solução concreta para além do caso em análise, poluindo valores essenciais do sistema normativo?

Também aqui nos parece que o TC falhou. Realmente a latitude em que se abriu a admissibilidade da prevalência de um direito – o previsto no art. 20.º da Constituição – sobre outro, nos termos em que foi construída a *ratio decidendi*, deixa aberto o caminho para abusos ou pelo menos para a construção de soluções abusivas que servirão de manobras dilatórias.

Realmente, quem ler o acórdão com atenção facilmente descobrirá oportunidades para não cumprimento de deveres contratuais desde que o seu cumprimento dificulte o exercício do direito ao acesso ao direito. Esta factualidade poderá ser usada muito para além da questão de um meio alternativo de resolução de litígios e poderá sobretudo ser usado em Portugal por toda e qualquer empresa estrangeira que seja parte num processo arbitral que lhe desagrade, para assim obrigar a contraparte a ir atacá-la nos tribunais do seu país, que sejam por assim dizer subsidiariamente competentes, que era manifestamente o que muito provavelmente se queria evitar com a opção pela arbitragem. E a questão inversa também se coloca.

No fundo está subjacente de forma implícita no acórdão que se comenta um pré-conceito relativo à arbitragem que convirá não deixar sem resposta. E o Acórdão quanto a isso não deixa dúvidas, ao degradar o “direito à arbitragem” para um mero “interesse de ordem puramente instrumental, (que) tem a ver com o afastamento de uma via preferencial de apreciação e solução do litígio”¹⁵.

¹⁵ Diário da República, cit., pág. 34404.

Nos termos da Constituição e da Lei, o instituto da arbitragem não pode ser tratado como uma via contratada como “preferencial” (o que se significa que pode ser afastada com facilidade) em relação ao sistema judicial de resolução de conflitos, tão somente como uma forma de irrelevante diferenciação e que, por isso, sem grandes estados de alma pode ser afastada se num caso concreto se confrontar com uma questão para a qual a mais fácil saída seja abandonar a arbitragem¹⁶.

A arbitragem é uma forma “outra” de resolver litígios e não uma mera faculdade que deixa sempre a solução judicial como a solução-norma, a que voltar se e quando surgir a mais pequena dificuldade.

Ora, sendo assim, teria sido fácil restringir os efeitos limites da decisão, clarificando que o precedente apenas será aplicável na ordem interna (ou seja, nunca afectará as arbitragens internacionais, mesmo aquelas em que a sede seja em Portugal), que não seria invocável em situações de *exequatur*, e ainda que esta decisão não limita a arbitrabilidade do litígio se por ele se provar – para além de uma dúvida razoável – que os requisitos da inconstitucionalidade não estão presentes.

6. E no que acabou de se escrever reside uma das maiores censuras de que é passível a decisão comentada, pois nelas confluem os quatro testes mencionados.

De facto, o TC teria podido decidir que a excepção de preterição de tribunal arbitral não era no caso concreto inconstitucional, apenas podendo vir a revelar-se que o era se a decisão arbitral viesse a ser escrutinada em processo de execução e se se demonstrasse que a situação de impossibilidade de custear as despesas de arbitragem foi causada pelo comportamento da outra parte.

Contra isto poderá ser dito que o risco real que está subjacente a esta solução alternativa seria uma sentença arbitral *ex parte*, e por isso com os riscos que decisões deste tipo sempre comportam. Só que também os tribunais decidem *ex parte* e não há nenhuma razão ontológica ou prática que possa conduzir o TC a concluir que os tribunais arbitrais merecem menor confiança do que os tribunais judiciais.

¹⁶ O que está bem patente na seguinte frase do Acórdão: “as possibilidades de realização do interesse final do recorrente quanto ao objecto do litígio, mantêm-se intactas”

Realmente o TC deveria confiar em que o tribunal arbitral não daria razão à parte oposta à que invocou a inconstitucionalidade, apenas pelo facto desta última não participar no procedimento. Poderia até acontecer que a harmonização dos direitos se fizesse no caso concreto pela denegação do direito pretendido à parte que desencadeou o procedimento arbitral ou que o tribunal arbitral até concluísse pela inconstitucionalidade no caso concreto.

E, se assim não fosse, sempre o TC estaria em condições de vir a decretar a inconstitucionalidade no processo executivo¹⁷. O facto do TC não ter analisado essa hipótese, “saltando” de imediato para a conclusão do conflito insanável de direitos, que apenas pelo afastamento do direito à arbitragem poderia ser resolvido, nesse facto reside a essência da censurabilidade do acórdão comentado.

7. A importância deste acórdão não pode ser desvalorizada, sobretudo numa conjuntura em que dificuldades financeiras afectam fortemente empresas e interferem em processos arbitrais. O que tem de específico este Acórdão é que a solução tenha sido concretizada nestes termos, sem que a parte que recorreu ao tribunal judicial tenha iniciado qualquer procedimento de insolvência.

Ao decidir deste modo, o TC afastou-se do raciocínio que tinha levado o STJ a decidir de forma oposta numa situação equivalente¹⁸, numa cristalina decisão de Pires Rosa que também foi apoiada por Quirino Soares e Neves Ribeiro.

Admitir-se-ia, no entanto, que se a recorrida se tivesse apresentado a processo de insolvência – atento o teor do artigo 87 do Código da Insolvência – a decisão do TC estivesse correcta, por muito que dela discor-

¹⁷ Ou em recurso de anulação da sentença arbitral que provavelmente haveria, dado estar-se em arbitragem *ad hoc* nacional.

¹⁸ Acórdão de 9/10/2003, relator Pires Rosa, – www.dgsi.pt – que para além de se louvar no acórdão STJ de 2000 quanto à não imputabilidade da culpa, deixa escrito “... não negue a ninguém a possibilidade de defesa dos seus direitos e interesses legítimos pelo recurso aos tribunais, mas que reconheça a cada um, no domínio dos direitos de que possa dispor, a possibilidade de recorrer a outras formas de obtenção de justiça, fora dos tribunais estaduais, mas não já de um princípio que supra a insuficiência de meios de quem – como as sociedades comerciais – só existe, ontologicamente, enquanto puder assegurar os meios económicos necessários à sua própria existência”.

demus *de iure constituendo*, sendo certo que a solução não é pacífica a nível internacional¹⁹. Mas sem essa passagem a uma situação jurídico-factual diversa, lamenta-se que o TC tenha, pela primeira vez²⁰, tomado conhecimento e decidido pela inconstitucionalidade no caso concreto da aplicação da norma do artigo 494, j) do CPC, sem aparentemente ter a noção da responsabilidade que decorre de ter sido a primeira vez.

Setembro 2009.

¹⁹ Ainda recentemente em 2008 no Brasil em dois casos – Interclinicas vs Saúde ABC e Jackson Empreendimentos vs Diagrama Construtora – o STJ e o Tribunal de Apelação de São Paulo respectivamente decidiram que um processo arbitral poderia prosseguir durante processos de insolvência com fundamento no princípio *Kompetenz Kompetenz* que existe também no nosso ordenamento; também o High Court inglês, em 2008, e louvando-se no EU Insolvency Regulation, decidiu de igual modo numa arbitragem internacional. Mas o Supremo Tribunal Suíço (decisão 4A_428/2008) – numa decisão criticada pela doutrina – considerou que não podia prosseguir uma arbitragem em relação a uma empresa polaca que tinha sido declarada insolvente por um tribunal polaco. Sobre o regime aplicável noutros países, ver Joaquim Shearman de Macedo, *ob cit.*, pág. 7 e segs.

²⁰ Joaquim Shearman de Macedo, *ob cit.*, pág. 2.

Miguel Teixeira de Sousa

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

A incompatibilidade das *anti-suit injunctions* com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 – Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 10/2/2009 (C-185/07, Allianz e Generali v. West Tankers)

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)
10 de Fevereiro de 2009 (*)

«Reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras – Regulamento (CE) n.º 44/2001 – Âmbito de aplicação – Competência do tribunal de um Estado-Membro para proferir uma injunção proibindo uma parte de intentar ou prosseguir uma acção judicial num tribunal de outro Estado-Membro por essa acção ser contrária a uma convenção de arbitragem – Convenção de Nova Iorque»

No processo C-185/07,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos dos artigos 68.º CE e 234.º CE, apresentado pela House of Lords (Reino Unido), por decisão de 28 de Março de 2007, entrado no Tribunal de Justiça em 2 de Abril de 2007, no processo

Allianz SpA, anteriormente **Riunione Adriatica di Sicurtà SpA**,
Generali Assicurazioni Generali SpA
contra
West Tankers Inc.,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

composto por: V. Skouris, presidente, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts e A. Ó Caoimh, presidentes de secção, P. Kūris, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet, J. Klučka (relator), E. Levits e L. Bay Larsen, juizes,

(*) Língua do processo: inglês.

advogada-geral: J. Kokott,
secretário: K. Sztranc-Sławiczek, administradora,
vistos os autos e após a audiência de 10 de Junho de 2008,
vistas as observações apresentadas:

- em representação da Allianz SpA, anteriormente Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, e da Generali Assicurazioni Generali SpA, por S. Males, QC, assistido por S. Masters, barrister,
- em representação da West Tankers Inc., por I. Chetwood, solicitor, assistido por T. Brenton e D. Bailey, barristers,
- em representação do Governo do Reino Unido, por V. Jackson e S. Behzadi-Spencer, na qualidade de agentes, assistidas por V. Veeder e A. Layton, QC,
- em representação do Governo francês, por G. de Bergues e A.-L. During, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por A.-M. Rouchaud-Joët e M. Wilderspin, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 4 de Setembro de 2008,
profere o presente

Acórdão

1. O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2001, L 12, p. 1).

2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Allianz SpA, anteriormente Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, e a Generali Assicurazioni Generali SpA (a seguir, conjuntamente, «Allianz e Generali») à West Tankers Inc. (a seguir «West Tankers»), a propósito da responsabilidade extracontratual desta.

Quadro jurídico

Direito internacional

3. A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque, em 10 de Junho de 1958 (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 330, p. 3, a seguir «Convenção de Nova Iorque»), dispõe, no seu artigo II, n.º 3:

«O tribunal de um Estado Contratante solicitado a resolver um litígio sobre uma questão relativamente à qual as Partes celebraram uma convenção ao abrigo do presente artigo remeterá as Partes para a arbitragem, a pedido de uma delas, salvo se constatar a caducidade da referida convenção, a sua inexecutabilidade ou insusceptibilidade de aplicação.»

Direito comunitário

4. Nos termos do vigésimo quinto considerando do Regulamento n.º 44/2001:

«O respeito dos compromissos internacionais subscritos pelos Estados-Membros implica que o presente regulamento não afecte as convenções em que são parte os Estados-Membros e que incidam sobre matérias especiais.»

5. O artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, deste regulamento prevê:

«1. O presente regulamento aplica-se em matéria civil e comercial e independentemente da natureza da jurisdição. O presente regulamento não abrange, nomeadamente, as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas.

2. São excluídos da sua aplicação:

[...]

d) A arbitragem.»

6. O artigo 5.º do referido regulamento dispõe:

«Uma pessoa com domicílio no território de um Estado-Membro pode ser demandada noutro Estado-Membro:

[...]

3) Em matéria extracontratual, perante o tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso;

[...].»

Direito nacional

7. A Section 37(1) da Lei de 1981 sobre o Supremo Tribunal (Supreme Court Act 1981) dispõe:

«Em todos os casos em que considere justo e oportuno, a High Court pode proferir uma injunção por despacho interlocutório ou definitivo. [...].»

8. A Lei de 1996 sobre a arbitragem (Arbitration Act 1996) prevê, na Section 44, que tem por epígrafe «Poderes jurisdicionais que podem ser exercidos no âmbito de um processo de arbitragem»:

«(1) Salvo convenção em contrário das partes, o tribunal possui, para os fins e em relação com o processo de arbitragem, o mesmo poder de injunção, nas matérias a seguir enumeradas, de que dispõe para efeitos e em relação com o processo judicial.

(2) Essas matérias são as seguintes:

[...]

e) prolação de uma injunção provisória [...].»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

9. Em Agosto de 2000, o *Front Comor*, um navio pertencente à West Tankers e fretado pela Erg Petrol SpA (a seguir «Erg»), colidiu em Siracusa (Itália) com um cais de embarque pertencente à Erg, tendo causado danos. O contrato de fretamento estava sujeito ao direito inglês e continha uma cláusula que previa que a arbitragem se realizasse em Londres (Reino Unido).

10. A Erg dirigiu-se aos seus seguradores Allianz e Generali, no sentido de obter uma indemnização até ao limite do montante seguro e instaurou, em Londres, um processo de arbitragem contra a West Tankers em relação aos danos remanescentes. A West Tankers contestou a sua responsabilidade relativamente aos danos causados pela colisão.

11. Após ter pago à Erg, a título do seguro, a indemnização pelo prejuízo por ela sofrido, Allianz e Generali intentaram, em 30 de Julho de 2003, uma acção contra a West Tankers, no Tribunale di Siracusa (Itália), a fim de recuperarem os montantes que tinham pago à Erg. Invocaram o seu direito legal de sub-rogação nos direitos da Erg, nos termos do artigo 1916.º do Código Civil italiano. A West Tankers suscitou uma excepção de incompetência desse tribunal, baseada na existência de uma convenção de arbitragem.

12. Paralelamente, a West Tankers intentou, em 10 de Setembro de 2004, uma acção na High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) (Reino Unido), solicitando que fosse decidido que o litígio entre ela, por um lado, e Allianz e Generali, por outro, devia ser sujeito a arbitragem por força da dita convenção. A West Tankers pediu também que fosse proferida uma injunção proibindo Allianz e Generali de recorrerem a um processo diferente da arbitragem e de prosseguirem o processo no Tribunale di Siracusa (a seguir «anti-suit injunction»).

13. Por decisão de 21 de Março de 2005, a High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court), deferiu os pedidos da West Tankers e concedeu a «anti-suit injunction» solicitada contra Allianz e Generali. Estas interpuseram recurso desta decisão para a House of Lords. Alegaram que a prolação de tal injunção é contrária ao Regulamento n.º 44/2001.

14. A House of Lords referiu-se, antes de mais, aos acórdãos de 9 de Dezembro de 2003, Gasser (C-116/02, Colect., p. I-14693), e de 27 de Abril de 2004, Turner (C-159/02, Colect., p. I-3565), que, no essencial, declararam que uma injunção que proíba uma parte de intentar ou prosseguir uma acção num tribunal de um Estado-Membro não é compatível com o sistema instituído pelo Regulamento n.º 44/2001, ainda que seja proferida pelo tribunal competente segundo esse regulamento. É assim pelo facto de o referido regulamento apresentar um conjunto completo de regras uniformes sobre a repartição de competências entre os tribunais dos Estados-Membros, que devem depositar confiança mútua na aplicação correcta das ditas regras.

15. Contudo, este princípio não pode, de acordo com a House of Lords, abranger a arbitragem, que está completamente excluída do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, por força do seu artigo 1.º, n.º 2, alínea d). Neste domínio, não há um conjunto de regras comunitárias uniformes, condição necessária para que a confiança mútua entre os tribunais dos Estados-Membros se possa estabelecer e aplicar. Além disso, resulta do acórdão de 25 de Julho de 1991, Rich (C-190/89, Colect., p. I-3855), que a exclusão feita pelo artigo 1.º, n.º 2, alínea d), do Regulamento n.º 44/2001 se aplica não só aos processos de arbitragem, enquanto tais, mas também aos processos judiciais que tenham por objecto a arbitragem. O acórdão de 17 de Novembro de 1998, Van Uden (C-391/95, Colect., p. I-7091), esclareceu que a arbitragem é o objecto de um processo quando este visa salvaguardar o direito de regular o litígio por arbitragem, o que é o caso no processo principal.

16. A House of Lords prossegue afirmando que, uma vez que a matéria da arbitragem, no seu conjunto, se encontra fora do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, a injunção dirigida a Allianz e Generali, proibindo-as de recorrerem a um processo diferente da arbitragem e de continuarem o processo no Tribunale di Siracusa, não pode violar o dito regulamento.

17. Por último, a House of Lords salienta que os tribunais do Reino Unido usam as «anti-suit injunctions», há muitos anos. Esta prática é, em seu entender, um instrumento eficaz para o tribunal da sede da arbitragem, que exerce a sua fiscalização sobre a arbitragem, na medida em que favorece a segurança jurídica ao reduzir as possibilidades de conflito entre a sentença arbitral e a decisão de um tribunal nacional. Além disso, se a referida prática fosse também adoptada pelos tribunais dos outros Estados-Membros, contribuiria para a competitividade da Comunidade Europeia face aos centros mundiais de arbitragem como Nova Iorque, as Bermudas e Singapura.

18. Foi nestas condições que a House of Lords decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«É compatível com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 que um tribunal de um Estado-Membro profira uma decisão que proíbe uma pessoa de intentar ou prosseguir uma acção judicial noutro Estado-Membro, com o fundamento de que esta acção viola uma convenção de arbitragem?»

Quanto à questão prejudicial

19. Com a sua questão, a House of Lords pergunta, no essencial, se a prolação, por um tribunal de um Estado-Membro, de uma injunção que proíbe uma pessoa de intentar ou prosseguir uma acção judicial noutro Estado-Membro, com o fundamento de que essa acção viola uma convenção de arbitragem, é incompatível com o Regulamento n.º 44/2001, embora o artigo 1.º, n.º 2, alínea d), deste exclua a arbitragem do seu âmbito de aplicação.

20. Uma «anti-suit injunction», como a ora em causa no processo principal, pode dirigir-se ao demandante efectivo ou potencial num processo no estrangeiro. Como realçou a advogada-geral no n.º 14 das suas conclusões, caso o destinatário de tal injunção não a cumpra, pode ser intentado contra ele um processo por desobediência ao tribunal, estando previstas sanções que podem incluir penas privativas da liberdade ou a apreensão judicial dos seus bens.

21. Quer a West Tankers quer o Governo do Reino Unido entendem que tal injunção não pode ser incompatível com o Regulamento n.º 44/2001, na medida em que o artigo 1.º, n.º 2, alínea d), deste regulamento exclui a arbitragem do seu âmbito de aplicação.

22. A este respeito, importa recordar que, para determinar se um litígio está abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, só o objecto do processo deve ser tomado em consideração (acórdão Rich, já referido, n.º 26). Mais precisamente, a inclusão no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001 determina-se pela natureza dos direitos cuja salvaguarda é garantida pelo processo em questão (acórdão Van Uden, já referido, n.º 33).

23. Um processo como o da causa principal, que leva à prolação de uma «anti-suit injunction», não pode, assim, ser abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001.

24. Todavia, embora um processo não esteja abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, pode, não obstante, ter consequências que prejudicam o efeito útil deste, a saber, impedir a realização dos objectivos de unificação das regras de conflito de jurisdição em matéria civil e comercial assim como de liberdade de circulação de decisões nessa mesma matéria. É o que se passa, designadamente, quando tal processo impede um tribunal de outro Estado-Membro de exercer as competências que lhe são atribuídas em virtude do Regulamento n.º 44/2001.

25. Há que examinar, portanto, se o processo intentado por Allianz e Generali contra a West Tankers, no Tribunale di Siracusa, é ele próprio abrangido pelo Regulamento n.º 44/2001 e, seguidamente, quais os efeitos da «anti-suit injunction» neste processo.

26. A este propósito, é de considerar, como realçou a advogada-geral nos n.ºs 53 e 54 das suas conclusões, que se, pelo objecto do litígio, isto é, pela natureza dos direitos a tutelar num processo como um pedido de indemnização, esse processo está abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, está também abrangido pelo âmbito de aplicação deste regulamento uma questão prévia sobre a aplicabilidade de uma convenção de arbitragem, designadamente sobre a sua validade. Esta conclusão é corroborada pelo n.º 35 do Relatório relativo à adesão da República Helénica à Convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 1972, L 299, p. 32, a seguir «Convenção de Bruxelas»), apresentado por Evrigenis e Kerameus (JO 1986, C 298, p. 1). Este relatório indica que o controlo incidental da validade da cláusula de arbitragem, pedido por uma das partes, com vista a contestar a competência internacional do tribunal perante o qual é demandada nos termos da Convenção de Bruxelas, é regulado por esta convenção.

27. Daí resulta que a excepção de incompetência, suscitada pela West Tankers no Tribunale di Siracusa, com base na existência de uma convenção de arbitragem, incluindo a questão da validade desta convenção, está abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, e que cabe, assim, exclusivamente a este tribunal conhecer desta excepção, bem como da sua própria competência, por força dos artigos 1.º, n.º 2, alínea d), e 5.º, n.º 3, do mesmo regulamento.

28. Por conseguinte, o facto de impedir, mediante uma «anti-suit injunction», um tribunal de um Estado-Membro, normalmente competente para dirimir um litígio nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, de se pronunciar, nos termos do artigo 1.º, n.º 2, alínea d), deste regulamento, sobre a própria aplicabilidade do regulamento ao litígio que lhe é submetido equivale necessariamente a retirar-lhe o poder de conhecer da sua própria competência nos termos do Regulamento n.º 44/2001.

29. Daí que, antes de mais, uma «anti-suit injunction» como a do processo principal não respeita, tal como a advogada-geral realçou no n.º 57 das suas conclusões, o princípio geral que decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à Convenção de Bruxelas, segundo o qual cada tribunal demandado está habilitado, por força das disposições que lhe são aplicáveis, a pronunciar-se sobre a sua própria competência para decidir do litígio que lhe é submetido (v., neste sentido, acórdão Gasser, já referido, n.ºs 48 e 49). A este

respeito, cabe recordar que o Regulamento n.º 44/2001, para além de algumas excepções limitadas, que não são pertinentes no processo principal, não permite a fiscalização da competência de um tribunal de um Estado-Membro pelo tribunal de outro Estado-Membro (acórdãos de 27 de Junho de 1991, *Overseas Union Insurance e o.*, C-351/89, *Colect.*, p. 1-3317, n.º 24, bem como *Turner*, já referido, n.º 26). Esta competência é determinada directamente pelas regras fixadas pelo referido regulamento, entre as quais as respeitantes ao seu âmbito de aplicação. Um tribunal de um Estado-Membro nunca se encontra, portanto, mais bem colocado para se pronunciar sobre a competência de um tribunal de outro Estado-Membro (acórdãos, já referidos, *Overseas Union Insurance e o.*, n.º 23, bem como *Gasser*, n.º 48).

30. Seguidamente, ao criar obstáculos ao exercício, pelo tribunal de outro Estado-Membro, dos poderes que lhe são atribuídos pelo Regulamento n.º 44/2001, a saber, decidir, com base nas disposições que definem o âmbito de aplicação material deste regulamento, entre as quais o seu artigo 1.º, n.º 2, alínea d), se o dito regulamento é aplicável, essa «anti-suit injunction» vai, ao mesmo tempo, abalar a confiança que os Estados-Membros concedem reciprocamente aos seus sistemas jurídicos e às respectivas instituições judiciais, na qual assenta o sistema de competências do Regulamento n.º 44/2001 (v., neste sentido, acórdão *Turner*, já referido, n.º 24).

31. Por fim, se, mediante uma «anti-suit injunction», o próprio Tribunale di Siracusa estivesse impossibilitado de apreciar a questão prévia da validade ou da aplicabilidade da convenção de arbitragem, uma parte poder-se-ia subtrair ao processo, limitando-se a invocar a dita convenção, e o demandante que a considerasse caduca, inexecutável ou insusceptível de aplicação seria privado do acesso ao tribunal estatal a quem submeteu o litígio nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, ficando, por conseguinte, privado de uma forma de protecção jurisdicional a que tem direito.

32. Por conseguinte, uma «anti-suit injunction» como a que está em causa no processo principal não é compatível com o Regulamento n.º 44/2001.

33. Esta conclusão encontra apoio no artigo II, n.º 3, da Convenção de Nova Iorque, segundo o qual é o tribunal de um Estado Contratante, solicitado a resolver um litígio sobre uma questão a respeito da qual as partes celebraram uma convenção de arbitragem, que remeterá as partes para a arbitragem, a pedido de uma delas, salvo se constatar a caducidade da referida convenção, a sua inexecutabilidade ou insusceptibilidade de aplicação.

34. Acentas as considerações que precedem, há que responder à questão submetida que a prolação, por um tribunal de um Estado-Membro, de uma injunção destinada a proibir uma pessoa de intentar ou prosseguir uma acção judicial nos tribunais de outro Estado-Membro, com o fundamento de que essa

acção é contrária a uma convenção de arbitragem, é incompatível com o Regulamento n.º 44/2001.

Quanto às despesas

35. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o tribunal de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:

A prolação, por um tribunal de um Estado-Membro, de uma injunção destinada a proibir uma pessoa de intentar ou prosseguir uma acção judicial nos tribunais de outro Estado-Membro, com o fundamento de que essa acção é contrária a uma convenção de arbitragem, é incompatível com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

Assinaturas

ANOTAÇÃO

1. As *anti-suit injunctions* são um instrumento comum nas ordens jurídicas inglesa e norte-americana. Na base das *anti-suit injunctions* encontra-se um *legal right not to be sued abroad* e através delas o autor de uma acção obtém de um tribunal a proibição de o réu dessa mesma acção propor ou prosseguir uma acção no estrangeiro. No sistema romano-germânico não se encontra nada de semelhante às *anti-suit injunctions*, podendo um idêntico efeito ser obtido apenas através de algo tão raro como as promessas de não instaurar uma acção ou de desistir de uma acção pendente.

Não é a primeira vez que o Tribunal de Justiça se pronuncia, a título prejudicial, sobre o problema da compatibilidade das *anti-suit injunctions* com o direito comunitário. No acórdão de 27/4/2004 (C-159/02, *Turner v. Grovit e al.*)¹, o Tribunal já tinha definido que a Convenção de

¹ *Colect.* 2002, 1-3565; cfr. *Datta/Heinze*, *Prozessführungsverbote im englischen und europäischen Zivilverfahrensrecht*, ZEuP 2005, 431 ss.

Bruxelas se opõe a que um órgão jurisdicional de um Estado contratante profira uma injunção pela qual proíbe a uma parte, num processo que aí se encontra pendente, que intente ou prossiga uma acção judicial num órgão jurisdicional de outro Estado contratante, mesmo que essa parte tenha actuado de má-fé com o objectivo de entrar o processo já pendente, dado que tal proibição constitui uma ingerência na competência do órgão jurisdicional estrangeiro, incompatível, em si mesma, com o sistema da Convenção de Bruxelas. Para fundamentar esta orientação, o Tribunal de Justiça aduz que, quando o requerente se vê confrontado com uma decisão que o proíbe de intentar uma acção num outro Estado-Membro, existe uma ingerência na competência do órgão jurisdicional estrangeiro, incompatível, em si mesma, com o sistema da Convenção de Bruxelas (n.º 27), pois que essa ingerência é contrária ao princípio da confiança mútua que está na base da Convenção e obsta a que um órgão jurisdicional, salvo casos específicos, fiscalize a competência de um órgão jurisdicional de outro Estado contratante (n.º 31).

No acórdão em anotação, o Tribunal de Justiça pronuncia-se, mais uma vez, sobre o problema da articulação das *anti-suit injunctions* com os regimes instituídos na Convenção de Bruxelas e no Regulamento (CE) n.º 44/2001 (Regulamento Bruxelas I). Agora o Tribunal de Justiça entendeu que a *anti-suit injunction* é incompatível com o Regulamento n.º 44/2001, mesmo quando ela tenha por base uma convenção arbitral celebrada entre as partes, ou seja, mesmo quando o fundamento utilizado pelo requerente seja a violação de uma convenção de arbitragem².

2. Para melhor se compreender a problemática em análise no acórdão em anotação convém lembrar o regime da litispendência no Regulamento n.º 44/2001. Nos termos do art. 27.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 (equivalente ao art.º 21.º da Convenção de Bruxelas), quando se verifique uma situação de litispendência entre tribunais de diferentes Estados-membros, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar suspende officiosamente a instância até que se encontre estabele-

² De forma idêntica, em conclusão, *Kropholler*, *Europäisches Zivilprozessrecht* (Frankfurt am Main 2005), Art. 1 EuGVO 45 e Art. 27 EuGVO 20; cfr. *Dutta/Heinze*, *ZEuP* 2005, 448 ss.

cida a competência do tribunal a que a acção foi submetida em primeiro lugar. No acórdão de 9/12/2003 (C-116/02, *Gasser v. MISAT*)³, o Tribunal de Justiça entendeu que, apesar de o pacto de jurisdição atribuir uma competência exclusiva ao tribunal designado, o tribunal, no qual a acção foi proposta em segundo lugar e cuja competência foi reivindicada por força de um pacto atributivo de jurisdição, deve suspender a instância até que o tribunal no qual a acção foi proposta em primeiro lugar se declare incompetente.

Conforme foi observado recentemente, a aplicação deste regime regulamentar, mesmo quando se possa duvidar da boa fé da parte, favorece as chamadas "*Torpedoklagen*". Uma "acção torpedo" é uma acção que é instaurada na jurisdição, ainda que incompetente, de um Estado-membro caracterizada pela sua (maior) lentidão, de molde a atrasar, através da aplicação do disposto no art. 27.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, a possibilidade de a contraparte fazer valer os seus direitos nos tribunais de um outro Estado-membro⁴.

O acórdão em anotação é, num certo sentido, uma variação do referido acórdão de 9/12/2003: agora, em vez de a incompetência do tribunal no qual foi instaurada a acção resultar de um pacto de jurisdição, essa incompetência decorre de uma convenção arbitral. O que, no caso em análise, torna a solução duvidosa é a circunstância de o art. 1.º, n.º 2, al. d), do Regulamento n.º 44/2001 excluir a arbitragem do âmbito de aplicação material desse instrumento comunitário. Atendendo a essa exclusão, poder-se-ia afirmar que, como o Regulamento n.º 44/2001 não é aplicável à arbitragem, nada impediria que um tribunal de um Estado-membro emanasse uma *anti-suit injunction* com fundamento na violação de uma convenção de arbitragem.

Não foi esta a orientação seguida pelo Tribunal de Justiça no acórdão em apreciação. São vários os argumentos expendidos pelo Tribunal de Justiça em apoio da sua posição. Um deles é o de que, mesmo que uma questão não se inclua no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, ela não pode ser decidida de forma a obstar ao "efeito útil"

³ *Collect.* 2002. I-14693.

⁴ *Sander/Brefler*, *Das Dilemma mitgliedstaatlicher Rechtsgleichheit und unterschiedlicher Rechtsschutzstandards in der Europäischen Union*, *ZZP* 122 (2009), 157 ss.

deste instrumento, que é, nomeadamente, o de unificar as regras de conflito de jurisdição e de garantir a liberdade de circulação de decisões no espaço comunitário (n.º 24). Ou seja: é verdade que a arbitragem (e a competência convencional dela resultante) está excluída do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001; mas essa exclusão não pode implicar qualquer solução que se traduza em frustrar as finalidades do Regulamento n.º 44/2001.

Esta conclusão conduz a um outro dos argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça no acórdão em apreciação: o de que cada tribunal de um Estado-membro tem o poder de se pronunciar sobre a sua própria competência para decidir o litígio que lhe é submetido (n.º 29). Com base neste argumento – que assenta na regra da *Kompetenz-Kompetenz* –, o Tribunal de Justiça entende que o tribunal onde foi instaurada a primeira acção (*in casu*, o Tribunale di Siracusa) mantém a faculdade de controlar a sua própria competência. Em apoio desta orientação do Tribunal de Justiça pode invocar-se o que se encontra estabelecido nos arts. 23.º, n.º 3, e 27.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001: ao tribunal no qual foi proposta a acção é sempre assegurada da faculdade de exercer a sua *Kompetenz-Kompetenz* antes de qualquer outro tribunal se poder declarar competente para apreciar a mesma acção.

A argumentação do Tribunal de Justiça merece acolhimento ainda pelo facto de a convenção de arbitragem, além de produzir um efeito positivo (que é o de atribuir a um tribunal arbitral competência para decidir um litígio), produzir um efeito negativo (que é o de retirar competência ao tribunal legalmente competente). Assim, se, num tribunal de um Estado-membro, competente segundo os critérios do Regulamento n.º 44/2001, for proposta uma acção em (eventual) violação de uma convenção de arbitragem, esse tribunal mantém poderes para apreciar a sua própria competência com base na validade e eficácia da convenção de arbitragem, pelo que, nesta situação, não pode valer a exclusão constante do art. 1.º, n.º 2, al. d), do Regulamento n.º 44/2001.

Essencial é ainda a circunstância de uma decisão final que pronuncia uma *anti-suit injunction*, apesar de poder ser incluída no conceito de decisão do art. 32.º do Regulamento n.º 44/2001, não ser susceptível de ser reconhecida nem executada num outro Estado-membro. A tal se opõe a reserva de ordem pública que consta do art. 34.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, dado que esse reconhecimento e execução afectariam quer o

direito de acesso aos tribunais do interessado, quer a soberania do Estado do reconhecimento⁵.

3. O exposto corresponde ao que é comum quanto ao controlo da competência do tribunal. No entanto, a orientação defendida pelo Tribunal de Justiça no acórdão em anotação – assim como no já referido acórdão de 27/4/2004 (C-159/02, *Turner v. Grovit e al.*) – não pode deixar de levantar uma interrogação. O problema é o seguinte: dado que as *anti-suit injunctions* se dirigem às partes, e não aos tribunais, cabe averiguar se elas são realmente incompatíveis com o Regulamento n.º 44/2001, que regula a competência dos tribunais e a sua apreciação por estes, e não o comportamento das partes em acção pendentes.

Admita-se que um tribunal inglês ou norte-americano, através de uma *anti-suit injunction*, proíbe um interessado de propor ou de prosseguir uma acção num tribunal competente segundo o Regulamento n.º 44/2001; 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*. Nesta matéria, pode ser estabelecido um paralelismo com a situação em que a parte viola o compromisso de não instaurar uma acção num tribunal ou o de desistir de uma acção pendente. Qualquer dessas situações é irrelevante para a competência do tribunal (a menos que qualquer daqueles compromissos esteja ligado a uma convenção que atribui competência a um outro tribunal).

É assim verdade que as *anti-suit injunctions* não contendem com a competência dos tribunais resultante do Regulamento n.º 44/2001, pois que essa competência é legal e não pode ser retirada por uma decisão de outro tribunal. Mas, além disso, é ainda verdade que um tribunal não pode proibir, com base numa *anti-suit injunction* decretada com fundamento na violação de um pacto de jurisdição ou de uma convenção arbitral, uma parte de propor ou de prosseguir uma acção num outro tribunal, porque isso retiraria a este órgão a possibilidade de apreciar a sua própria competência através da análise da validade e eficácia daquele pacto ou

⁵ *Kropholler*, *Europäisches Zivilprozessrecht* ⁸, Art. 34 15; cfr. também *Maack*, *Englische antisuit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr* (Berlin 1999), 157 ss.

daquela convenção⁶. É precisamente este o ponto fulcral: o Regulamento n.º 44/2001 assenta na regra da *Kompetenz-Kompetenz* dos tribunais dos Estados-membros e, portanto, na possibilidade de qualquer tribunal de qualquer Estado-membro analisar a sua própria competência, não podendo admitir que um tribunal possa impedir outro tribunal de aferir a sua competência. Se há algo que obsta à competência do tribunal no qual a acção foi proposta – nomeadamente, um acordo das partes –, tem de ser o próprio tribunal que deixa de ser competente a apreciar a validade e eficácia desse acordo. Em conclusão: o Regulamento n.º 44/2001 aceita que seja retirada competência (nomeadamente, através de um pacto de jurisdição ou de uma convenção arbitral) aos tribunais dos Estados-membros, mas não admite que seja retirada a esses tribunais a sua *Kompetenz-Kompetenz*, mesmo que com fundamento num pacto de jurisdição ou, como resulta do acórdão em anotação, numa convenção arbitral.

⁶ Cfr. *Hau*, Durchsetzung von Zuständigkeits- und Schiedsvereinbarungen mittels Prozeßführungsverboten im EuGVÜ: Neuere Rechtsprechung des Court of Appeal zu obligation-based antisuit injunctions, IPRax 1996, 48.

ANTEPROJECTO DE LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA*

CAPÍTULO I Da convenção de arbitragem

ARTIGO 1.º (Convenção de arbitragem)

1. Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.
2. É válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre a pretensão em litígio.
3. A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que afecto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória).
4. As partes podem acordar em submeter a arbitragem, para além das questões de natureza contenciosa em sentido restrito, quaisquer outras que justifiquem a intervenção de um decisor imparcial, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar e adaptar contratos de prestações duradouras a novas circunstâncias.
5. O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estiverem autorizadas por lei ou se elas tiverem por objecto litígios de direito privado.

* Apresentado pela Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem ao Ministro da Justiça em 26 de Março de 2009.

ARTIGO 2.º

(Requisitos da convenção; sua revogação)

1. A convenção de arbitragem deve adoptar forma escrita.
2. A exigência de forma escrita tem-se por satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios electrónicos de comunicação.
3. Considera-se que a exigência de prova escrita da convenção de arbitragem é satisfeita quando esta conste de suporte electrónico, magnético, óptico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.
4. A remissão feita num contrato para documento que contenha uma cláusula compromissória equivale a uma convenção de arbitragem, desde que aquele contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do contrato, sem prejuízo do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.
5. Considera-se também como cumprido o requisito da forma escrita da convenção da arbitragem quando exista troca de uma petição e uma contestação em processo arbitral, em que a existência de tal convenção seja alegada por uma parte e não seja negada pela outra.
6. O compromisso arbitral deve determinar o objecto do litígio; a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem.

ARTIGO 3.º

(Nulidade de convenção de arbitragem)

É nula a convenção de arbitragem celebrada em violação do disposto nos artigos 1.º e 2.º.

ARTIGO 4.º

(Modificação, revogação e caducidade da convenção)

1. A convenção de arbitragem pode ser modificada pelas partes até à aceitação do primeiro árbitro ou, com o acordo destes, até à prolação da sentença.

2. A convenção de arbitragem pode ser revogada por escrito assinado pelas partes, até à prolação da sentença.

3. Ao previsto nos números anteriores será aplicável o disposto nos n.º 1 e 2 do artigo 2.º

4. 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 5.º

(Efeito negativo da convenção de arbitragem)

1. O tribunal estadual no qual seja proposta uma acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do demandado deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolver da instância, a menos que verifique que a convenção de arbitragem é manifestamente nula, é ou se tornou manifestamente ineficaz ou é manifestamente inexequível.

2. No caso previsto no número anterior, o processo arbitral pode ser iniciado ou prosseguir, e ser nele proferida uma sentença, enquanto a questão estiver pendente no tribunal estadual.

3. O processo arbitral cessa e a sentença nele proferida deixa de produzir efeitos, logo que um tribunal estadual considere, mediante decisão transitada em julgado, que o tribunal arbitral é incompetente para julgar o litígio que lhe foi submetido, quer tal decisão do tribunal estadual seja proferida na acção referida no n.º 1 do presente artigo, quer seja proferida ao abrigo do disposto nos artigos 18.º, n.º 7 e 46.º, n.º 3, a) iii).

4. As questões da nulidade, cessação de eficácia ou inexecutabilidade de uma convenção de arbitragem não podem ser discutidas autonomamente em acção de simples apreciação proposta em tribunal estadual nem em procedimento cautelar instaurado perante o mesmo tribunal tendo como finalidade impedir a constituição ou funcionamento de um tribunal arbitral.

ARTIGO 6.º

(Conteúdo da convenção de arbitragem)

Todas as referências contidas na presente lei ao estipulado na convenção de arbitragem devem entender-se como abrangendo não apenas o

que as partes aí regulem directamente mas também o disposto em regulamentos de arbitragem nacionais, estrangeiros ou internacionais, para os quais as partes hajam remetido.

ARTIGO 7.º

(Convenção de arbitragem e providências cautelares decretadas por tribunal estadual)

Não é incompatível com uma convenção de arbitragem o requerimento de providências cautelares apresentado a um tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, bem como o decretamento de tais providências pelo tribunal estadual.

CAPÍTULO II

Dos árbitros e do tribunal arbitral

ARTIGO 8.º

(Número dos árbitros)

1. O tribunal arbitral pode ser constituído por um único árbitro ou por vários, em número ímpar.

2. Se as partes não tiverem acordado no número de membros do tribunal arbitral, será este composto por três árbitros.

ARTIGO 9.º

(Árbitros: requisitos)

1. Os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes.

2. Os árbitros não podem estes ser preteridos, na sua escolha, em função da nacionalidade, sem prejuízo do disposto no n.º 6 do artigo 10.º e da liberdade de escolhas das partes.

3. Os árbitros devem ser independentes e imparciais.

4. Os árbitros não podem ser responsabilizados pelo conteúdo suas decisões, salvo nos casos em que podem sê-lo os juízes dos tribunais do Estado.

ARTIGO 10.º

(Designação dos árbitros)

1. As partes podem, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado, designar o árbitro ou árbitros que constituirão o tribunal arbitral, ou fixar o modo por que serão escolhidos, nomeadamente, cometendo a designação de todos ou de alguns dos árbitros a um terceiro.

2. Caso o tribunal arbitral deva ser constituído por um único árbitro e não houver acordo entre as partes quanto a essa designação, tal árbitro será escolhido, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual.

3. No caso de o tribunal arbitral ser composto por três ou mais árbitros, cada parte deve designar igual número de árbitros e os árbitros assim designados devem escolher um outro árbitro que actuará como presidente do tribunal arbitral.

4. Salvo havendo convenção em sentido diferente, se, no prazo de 30 dias a contar da recepção do pedido que a outra parte lhe faça nesse sentido, uma parte não designar o árbitro ou árbitros que lhe cabe escolher ou se os árbitros designados pelas partes não acordarem na escolha do árbitro-presidente no prazo de 30 dias a contar da designação do último daqueles a ser nomeado, a designação do árbitro ou árbitros em falta será feita, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual competente.

5. A menos que as partes tenham acordado de modo diferente, aplicar-se-á o disposto no número anterior ao caso de as partes terem cometido a designação de todos ou de alguns dos árbitros a um terceiro e este não a tiver efectuado no prazo de 30 dias a contar da solicitação que lhe fora dirigido nesse sentido.

6. Quando nomear um árbitro, o tribunal competente terá em conta as qualificações exigidas pelo acordo das partes para o árbitro ou árbitros a designar e tudo aquilo que for relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial; tratando-se de uma arbitragem internacional, ao nomear um árbitro único ou um terceiro árbitro, o tribunal terá também em consideração a possível conveniência da nomeação de um árbitro de nacionalidade diferente da das partes.

7. Das decisões proferidas pelo tribunal estadual competente ao abrigo dos números anteriores do presente artigo, não cabe recurso.

ARTIGO 11.º

(Pluralidade de demandantes ou de demandados)

1. Em caso de pluralidade de demandantes ou de demandados, se o tribunal arbitral dever ser composto por três árbitros, os primeiros designarão conjuntamente um árbitro e os segundos designarão conjuntamente outro.

2. Se os demandantes ou os demandados não se puserem de acordo sobre o árbitro que lhes cabe designar, caberá ao tribunal estadual competente, a pedido de qualquer das partes, fazer a designação do árbitro em falta.

3. No caso previsto no número anterior, pode o tribunal estadual, se se demonstrar que as partes que não conseguiram nomear conjuntamente um árbitro têm interesses conflitantes relativamente a fundo da causa, nomear a totalidade dos árbitros e designar de entre eles quem será o presidente, ficando então sem efeito a designação do árbitro que uma das partes tiver entretanto efectuado.

3. O disposto no número anterior entender-se-á sem prejuízo do que haja sido estipulado na convenção de arbitragem para o caso de arbitragem com pluralidade de partes.

ARTIGO 12.º

(Aceitação do encargo)

1. Ninguém pode ser obrigado a actuar como árbitro; mas se o encargo tiver sido aceite, só será legítima a escusa fundada em causa superveniente que impossibilite o designado de exercer tal encargo.

2. A menos que as partes tenham acordado de outro modo na convenção de arbitragem, cada árbitro designado deve, no prazo de 15 dias a contar da comunicação da sua designação, comunicar a aceitação do encargo à entidade que o designou; se em tal prazo não comunicar a sua aceitação nem por outra forma revelar a intenção de agir como árbitro, entender-se-á que não aceita a designação.

3. O árbitro que, tendo aceite o encargo, se escusar injustificadamente ao exercício da sua função responde pelos danos a que der causa.

ARTIGO 13.º

(Fundamentos de recusa)

1. Quem for convidado para ser eventualmente designado como árbitro deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência.

2. O árbitro designado deve, durante todo o processo arbitral, revelar, sem demora, às partes e aos demais árbitros as circunstâncias referidas no número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha tomado conhecimento depois de aceitar o encargo.

3. Um árbitro só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes convencionaram. Uma parte só pode recusar um árbitro que haja nomeado ou em cuja nomeação haja participado com fundamento numa causa de que só tenha tido conhecimento após essa nomeação.

ARTIGO 14.º

(Processo de recusa)

1. Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do presente artigo, as partes podem livremente acordar sobre o processo de recusa de árbitro.

2. Na falta de acordo, a parte que pretenda recusar um árbitro deve expor por escrito os motivos da recusa ao tribunal arbitral, no prazo de 15 dias a contar da data em que teve conhecimento da constituição daquele ou da data em que teve conhecimento das circunstâncias referidas no art. 13.º. Se o árbitro recusado não se demitir das suas funções e a parte que o designou insistir em mantê-lo, o tribunal arbitral, com participação do árbitro visado, decidirá sobre a recusa.

3. 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, a parte que recusa o árbitro pode, no prazo de 15 dias após lhe ter sido comunicada a decisão que rejeita a recusa, pedir ao tribunal estadual competente que tome uma decisão sobre a recusa, decisão essa que será insusceptível de recurso. Na pendência desse pedido,

o tribunal arbitral, nele incluído o árbitro recusado, pode prosseguir o processo arbitral e proferir sentença.

ARTIGO 15.º

(Inacção ou incapacitação de um árbitro)

1. Quando um árbitro se incapacitar, de direito ou de facto, para cumprir o encargo que lhe foi cometido, este termina com a verificação do facto determinante dessa incapacidade.

2. Se um árbitro se recusar a reconhecer a sua incapacitação ou, por qualquer outra razão, não desempenhar das suas funções com a diligência exigível, o seu encargo cessa se ele se demitir das suas funções ou se as partes concordarem em pôr-lhe fim, sem prejuízo da responsabilidade a que possa haver lugar.

3. No caso de as partes não chegarem a acordo quanto ao afastamento do árbitro em causa, qualquer das partes pode requerer ao tribunal estadual competente que o destitua, sendo esta decisão insusceptível de recurso.

4. Se, nos termos do presente artigo ou do n.º 2 do artigo 14.º, um árbitro se demitir das suas funções ou se uma das partes aceitar a cessação de funções de um árbitro que se encontre numa das situações aí previstas, isso não implica o reconhecimento da procedência dos motivos mencionados no n.º 2 do artigo 13.º ou no presente artigo.

ARTIGO 16.º

(Nomeação de um árbitro substituto)

1. Em todos os casos em que, por qualquer razão, cessem as funções de um árbitro, será nomeado um árbitro substituto, de acordo com as regras aplicadas à nomeação do árbitro substituído, sem prejuízo de as partes poderem, na convenção de arbitragem ou documento posterior por elas assinado, acordar em que a substituição do árbitro se faça de outro modo.

2. O tribunal arbitral decidirá, tendo em conta o estado do processo, se algum acto processual deve ser repetido face à nova composição do tribunal.

ARTIGO 17.º

(Honorários e despesas dos árbitros)

1. Se as partes não tiverem regulado tal matéria na convenção de arbitragem, devem os honorários dos árbitros, o modo de reembolso das suas despesas bem com a forma de pagamento pelas partes de preparos por conta desses honorários e despesas, ser objecto de acordo escrito entre as partes e os árbitros, concluído antes do início do processo arbitral.

2. Caso a matéria não haja sido regulada na convenção de arbitragem nem sobre aquela haja sido concluído um acordo entre as partes e os árbitros, cabe aos árbitros, tendo em conta a complexidade das questões decididas, o valor da causa e o tempo dispendido até à conclusão do processo arbitral, fixar o montante e o modo faseado de pagamento dos seus honorários e despesas, mediante decisão separada da que se pronunciar sobre o fundo da causa.

3. No caso previsto no número anterior do presente artigo, qualquer das partes pode requerer ao tribunal estadual competente a redução dos montantes dos honorários ou das despesas e respectivos preparos fixados pelos árbitros, podendo esse tribunal, depois de ouvir sobre essa matéria os membros do tribunal arbitral, atender tal pedido, se considerar excessivos aqueles montantes.

4. No caso de falta de pagamento de preparos para honorários e despesas que hajam sido previamente acordados ou fixados pelo tribunal arbitral, os árbitros poderão suspender ou dar por concluído o processo arbitral, após ter decorrido o prazo adicional razoável que concedam para o efeito à parte ou partes faltosas, sem prejuízo do disposto no número seguinte do presente artigo.

5. Se, dentro do prazo fixado de acordo com o número anterior, alguma das partes não tiver pago o seu preparo, os árbitros, antes de decidirem suspender ou pôr termo ao processo arbitral, comunicá-lo-ão às demais partes, para que estas possam, se o desejarem, suprir a falta de pagamento daquele preparo no prazo que lhes for fixado para o efeito.

CAPÍTULO III
Da competência do tribunal arbitral

ARTIGO 18.º
(Competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre a sua competência)

1. O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato será tratada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo.

2. A incompetência do tribunal arbitral para conhecer da totalidade ou de parte do litígio que lhe foi submetido só pode ser arguida até à apresentação da defesa quanto ao fundo da causa, ou juntamente com esta.

3. O facto de uma parte ter designado um árbitro ou ter participado na sua designação não a priva do direito de arguir a incompetência do tribunal arbitral para conhecer do litígio que lhe haja sido submetido.

4. A arguição de que, no decurso do processo arbitral, o tribunal arbitral poderá exceder a sua competência deve ser deduzida imediatamente após se suscitar a questão que alegadamente exceda essa competência.

5. O tribunal arbitral pode, nos casos previstos no números 2 e 4 do presente artigo, admitir as excepções que, com os fundamentos neles referidos, sejam arguidas após os limites temporais aí estabelecidos, se considerar justificado o não cumprimento do prazo.

6. O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua competência, quer mediante uma decisão interlocutória quer na sentença sobre o fundo da causa.

7. A decisão interlocutória pela qual o tribunal arbitral considere que tem competência, pode, no prazo de trinta dias após ter sido notificada desta decisão, ser impugnada por qualquer das partes perante o tribunal estadual competente, ao abrigo do artigos 46.º, n.º 3, a), i) e iii), e 58.º, n.º 1 g).

8. Enquanto a impugnação referida no número anterior do presente artigo estiver pendente no tribunal estadual competente, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo arbitral e proferir nele sentença sobre o fundo da causa, sem prejuízo do disposto no artigo 5.º, n.º 3.

ARTIGO 19.º
(Extensão da intervenção dos tribunais estaduais)

Nas matérias reguladas pela presente lei, os tribunais estaduais só podem intervir nos casos em que esta o prevê.

CAPÍTULO IV
Das providências cautelares e ordens preliminares

SECÇÃO I
Providências cautelares

ARTIGO 20.º
(Providências cautelares decretadas pelo tribunal arbitral)

1. Salvo convenção em contrário das partes, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte e ouvida a parte contrária, decretar providências cautelares que considere necessário tomar em relação ao objecto do litígio.

2. Para os efeitos da presente lei, uma providência cautelar é uma medida de carácter temporário, decretada por sentença ou por decisão com outra forma, pela qual, em qualquer altura antes de proferir a sentença que venha a dirimir o litígio, o tribunal arbitral ordena a uma parte que:

- a) Mantenha ou restaure a situação anteriormente existente enquanto o litígio não for dirimido;
- b) Pratique actos que previnam ou se abstenha de praticar actos que provavelmente causem dano ou prejuízo relativamente ao próprio processo arbitral;
- c) Assegure a preservação de bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada;
- d) Preserve meios de prova que possam ser relevantes e essenciais para a resolução do litígio.

ARTIGO 21.º

(Requisitos para o decretamento de providências cautelares)

1. Uma providência cautelar requerida ao abrigo do artigo 20.º, n.º 2, a), b) e c) é decretada pelo tribunal arbitral, desde que:

a) haja probabilidade séria da existência do direito invocado pelo requerente e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão; e
b) o prejuízo resultante para o requerido da providência não exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar.

2. A admissão da probabilidade referida na alínea a) no n.º 1 do presente artigo não afectará a liberdade de decisão do tribunal arbitral quando tiver posteriormente de se pronunciar sobre qualquer matéria.

3. Relativamente ao pedido de uma providência cautelar feito ao abrigo do artigo 20.º, n.º 2, d), os requisitos estabelecidos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do presente artigo aplicar-se-ão apenas na medida que o tribunal arbitral considerar adequada.

SECÇÃO II

Ordens preliminares

ARTIGO 22.º

(Requerimento de ordens preliminares; requisitos)

1. A menos que as partes hajam acordado de modo diferente, uma parte pode pedir que uma providência cautelar seja decretada e, simultaneamente, requerer que uma ordem preliminar seja dirigida à outra parte, sem prévia audiência desta, para que não seja frustrada a finalidade da providência cautelar solicitada.

2. O tribunal arbitral pode emitir a ordem preliminar requerida, desde que considere que a prévia revelação do pedido de providência cautelar à parte contra a qual ela se dirige cria o risco de a finalidade daquela providência ser frustrada.

3. Os requisitos estabelecidos no artigo 21.º são aplicáveis a qualquer ordem preliminar, considerando-se que o dano a equacionar ao abrigo do artigo 21.º, n.º 1, b) é, neste caso, o dano que pode resultar de a ordem preliminar ser ou não emitida.

ARTIGO 23.º

(Regime específico das ordens preliminares)

1. Imediatamente depois de o tribunal arbitral se ter pronunciado sobre um requerimento de ordem preliminar, deve informar todas as partes sobre o pedido de providência cautelar, o requerimento de ordem preliminar, a ordem preliminar, se esta tiver sido emitida, e todas as outras comunicações, incluindo indicação do conteúdo de quaisquer comunicações orais, havidas entre qualquer parte e o tribunal arbitral a tal respeito.

2. Simultaneamente, o tribunal arbitral deve dar oportunidade à parte contra a qual a ordem preliminar haja sido decretada para apresentar, no mais curto prazo que for praticável e que o tribunal fixará, a sua posição sobre aquela.

3. O tribunal arbitral deve decidir prontamente sobre qualquer objecção deduzida contra a ordem preliminar.

4. A ordem preliminar caduca 20 dias após a data em que tenha sido emitida pelo tribunal arbitral. O tribunal pode, contudo, após a parte contra a qual se dirija a ordem preliminar ter sido dela notificada e ter tido oportunidade para sobre ela apresentar a sua posição, decretar uma providência cautelar, adoptando ou modificando o conteúdo da ordem preliminar.

5. A ordem preliminar será obrigatória para as partes, mas não será passível de execução coerciva por um tribunal estadual.

SECÇÃO III

Regras comuns às providências cautelares e às ordens preliminares

ARTIGO 24.º

(Modificação, suspensão e revogação; prestação de caução)

1. O tribunal arbitral pode modificar, suspender ou revogar uma providência cautelar ou uma ordem preliminar que haja sido decretada ou emitida, a pedido de qualquer parte ou, em circunstâncias excepcionais e após prévia notificação às partes, por iniciativa do próprio tribunal.

2. O tribunal arbitral pode exigir que a parte que solicita o decretamento de uma providência cautelar preste caução adequada.

3. O tribunal arbitral deve exigir que a parte que requeira a emissão de uma ordem preliminar preste caução adequada relativamente àquela, a menos que o tribunal considere inadequado ou desnecessário fazê-lo.

ARTIGO 25.º
(Dever de revelação)

1. As partes devem revelar prontamente qualquer alteração significativa das circunstâncias com fundamento nas quais a providência foi solicitada ou decretada.

2. A parte que requeira uma ordem preliminar deve revelar ao tribunal arbitral todas as circunstâncias que possam ser relevantes para a sua decisão sobre a emissão ou manutenção de tal ordem e tal obrigação continuará em vigor até que a parte contra a qual tenha sido dirigida tenha tido oportunidade de apresentar a sua posição, após o que se aplicará o disposto no n.º 1 do presente artigo.

ARTIGO 26.º
(Responsabilidade do requerente)

A parte que solicite o decretamento de uma providência cautelar ou requeira a emissão de uma ordem preliminar é responsável por quaisquer custos ou prejuízos causados por tal providência ou ordem a qualquer outra parte, caso o tribunal arbitral venha mais tarde a decidir que, nas circunstâncias anteriormente existentes, a providência ou a ordem preliminar não deveria ter sido decretada ou ordenada e que a parte requerente deve ser responsabilizada por aqueles custos ou prejuízos.

SECÇÃO IV
Reconhecimento ou execução coerciva de providências cautelares

ARTIGO 27.º
(Reconhecimento ou execução coerciva)

1. Uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral é obrigatória para as partes e, a menos que o tribunal arbitral tenha deter-

minado de outro modo, pode ser coercivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente, independentemente de a arbitragem em que aquela foi decretada ter lugar no estrangeiro, com sujeição ao disposto no art. 28.º.

2. A parte que peça ou já tenha obtido o reconhecimento ou a execução coerciva de uma providência cautelar deve informar prontamente o tribunal estadual da eventual revogação, suspensão ou modificação dessa providência pelo tribunal arbitral que a haja decretado.

3. O tribunal estadual em que é pedido o reconhecimento ou a execução coerciva da providência pode, se o considerar conveniente, ordenar à parte requerente que preste caução adequada, se o tribunal arbitral não tiver já tomado uma decisão sobre essa matéria ou se tal decisão for necessária para proteger os interesses de terceiros.

ARTIGO 28.º
**(Fundamentos de recusa do reconhecimento
ou da execução coerciva)**

1. O reconhecimento ou a execução coerciva de uma providência cautelar só podem ser recusados por um tribunal estadual:

a) A pedido da parte contra a qual a providência seja invocada, se este tribunal considerar que:

i) Tal recusa é justificada com fundamento nos motivos previstos no artigo 57.º, n.º 1, a), (i), (ii), (iii) ou (iv); ou

ii) A decisão do tribunal arbitral respeitante à prestação de caução relacionada com a providência cautelar decretada não foi cumprida; ou

iii) A providência cautelar foi revogada ou suspensa pelo tribunal arbitral ou, se para isso for competente, por um tribunal estadual do país estrangeiro em que arbitragem tem lugar ou ao abrigo de cuja lei a providência tiver sido decretada; ou

b) Se este tribunal considerar que:

i) A providência cautelar é incompatível com os poderes conferidos ao tribunal estadual pela lei que o rege, salvo se este decidir reformular a providência cautelar na medida necessária para a adaptar à sua própria competência e regime processual, em ordem a fazer executar coercivamente a providência cautelar, sem alterar a sua essência; ou

ii) Alguns dos fundamentos de recusa de reconhecimento previstos no artigo 57.º, n.º 1, b), (i) ou (ii) se verificam relativamente ao reconhecimento ou à execução coerciva da providência cautelar.

2. Qualquer decisão tomada pelo tribunal estadual ao abrigo do n.º 1 do presente artigo tem eficácia restrita ao pedido de reconhecimento ou de execução coerciva de providência cautelar decretada pelo tribunal arbitral. O tribunal estadual ao qual seja pedido o reconhecimento ou a execução de providência cautelar, ao pronunciar-se sobre esse pedido, não deve fazer uma revisão do mérito da providência cautelar.

ARTIGO 29.º

(Providências cautelares decretadas por um tribunal estadual)

1. Os tribunais estaduais têm poder para decretar providências cautelares na dependência de processos arbitrais, independentemente do lugar em que decorram, no mesmo termos em que o podem fazer relativamente aos processos que corram perante os tribunais estaduais.

2. Os tribunais estaduais devem exercer esse poder de acordo com o regime processual que lhe é aplicável, tendo em consideração, se for o caso, as características específicas da arbitragem internacional.

CAPÍTULO V

Da condução do processo arbitral

ARTIGO 30.º

(Princípios e regras do processo arbitral)

1. O processo arbitral deve sempre respeitar os seguintes princípios fundamentais:

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

2. As partes podem, na convenção da arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado até à aceitação do primeiro árbitro, acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem, com respeito pelos princípios fundamentais consignados no número anterior do presente artigo e pelas demais normas imperativas constantes desta lei.

3. Não existindo tal acordo das partes e na falta de disposições aplicáveis na presente lei, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, definindo as regras processuais que entender adequadas, devendo explicitar que considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente, quando for esse o caso.

4. Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir.

5. Os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham ou os documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de actos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei.

6. O disposto no número anterior não impede a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas a isso se opuser.

ARTIGO 31.º

(Lugar da arbitragem)

1. As partes podem livremente acordar sobre o lugar da arbitragem. Na falta de tal acordo, este lugar será fixado pelo tribunal arbitral, tendo em conta as circunstâncias do caso, aí incluída a conveniência das partes.

2. Não obstante o disposto no n.º 1 do presente artigo, o tribunal arbitral pode, salvo convenção das partes em contrário, reunir-se em qualquer lugar que julgue apropriado para se realizar uma ou mais audi-

ências, permitir realização de qualquer diligência probatória ou tomar quaisquer deliberações.

ARTIGO 32.º
(Língua do processo)

1. As partes podem, por acordo, escolher livremente a língua ou línguas a utilizar no processo arbitral. Na falta desse acordo, o tribunal arbitral determinará a língua ou línguas a utilizar no processo.

2. O tribunal arbitral pode ordenar que qualquer documento seja acompanhado de uma tradução na língua ou línguas convencionadas pelas partes ou escolhidas pelo tribunal arbitral.

ARTIGO 33.º
(Início do processo; petição e contestação)

1. Salvo convenção das partes em contrário, o processo arbitral relativo a um determinado litígio tem início na data em que o pedido de submissão desse litígio a arbitragem é recebido pelo demandado.

2. Nos prazos convencionados pelas partes ou fixados pelo tribunal arbitral, o demandante apresentará a sua petição, em que enunciará o seu pedido e os factos em que este se baseia, e o demandado apresentará a sua contestação, em que explanará a sua defesa relativamente àqueles, salvo se tiver sido outra a convenção das partes quanto aos elementos a figurar naquelas peças escritas. As partes podem fazer acompanhar as referidas peças escritas de quaisquer documentos que julguem pertinentes ou nelas mencionar documentos ou outros meios de prova que virão a apresentar.

3. Salvo convenção das partes em contrário, qualquer das partes pode modificar ou completar a sua petição ou a sua contestação no decurso do processo arbitral, a menos que o tribunal arbitral entenda não dever admitir tal alteração em razão do atraso com que é formulada, sem que para este haja justificação bastante.

4. O demandado poderá deduzir reconvenção desde que o seu objecto seja abrangido pela convenção de arbitragem.

ARTIGO 34.º
(Audiências e processo escrito)

1. Salvo convenção das partes em contrário ou requerimento de qualquer destas, o tribunal decidirá se serão realizadas audiências para a produção de prova ou se o processo será apenas conduzido com base em documentos e outros elementos de prova.

2. As partes devem ser notificadas, com uma antecedência suficiente, de quaisquer audiências e de outras reuniões convocadas pelo tribunal arbitral para fins de produção de prova.

3. Todas as peças escritas, documentos ou informações que uma das partes forneça ao tribunal arbitral devem ser comunicadas à outra parte. Deve igualmente ser comunicado às partes qualquer relatório pericial ou elemento de prova documental que possa servir de base à decisão do tribunal.

ARTIGO 35.º
(Omissões e faltas de qualquer das partes)

1. Se o demandante não apresentar a sua petição em conformidade com n.º 2 do artigo 33.º, o tribunal arbitral porá fim ao processo arbitral.

2. Se o demandado não apresentar a sua contestação, em conformidade com o n.º 2 do artigo 33.º, o tribunal arbitral prosseguirá o processo arbitral, sem considerar esta falta, em si mesma, como uma aceitação das alegações do demandante.

3. Se uma das partes deixar de comparecer a uma audiência ou de produzir prova documental no prazo fixado, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo e proferir sentença com base na prova apresentada.

4. O tribunal arbitral pode, porém, caso considere a omissão justificada, permitir a uma parte praticar o acto omitido.

5. O disposto nos números anteriores deste artigo entender-se-á sem prejuízo do que as partes possam ter acordado sobre as consequências das suas omissões.

ARTIGO 36.º
(Intervenção de terceiros)

1. A intervenção, no decurso do processo arbitral, de um terceiro que pretenda associar-se a uma das partes deste processo ou que seja chamado por uma das partes neste processo para a si se associar, só é admitida se estiverem preenchidos todos os seguintes requisitos:

- a) Todas as partes no processo, o terceiro e o tribunal arbitral, se já estiver constituído, consintam na referida intervenção;
- b) O terceiro adira à convenção de arbitragem, se não já for parte desta;
- c) O terceiro aceite a composição do tribunal arbitral, se este já estiver constituído ou, se não for esse o caso, aceite a designação do árbitro feita pela parte à qual o terceiro se deva associar.

2. O disposto no número anterior não impede que as partes acordarem de modo diferente sobre os termos e condições da intervenção de terceiros no processo arbitral, quer regulando directamente tal matéria na convenção de arbitragem quer remetendo para regulamentos de arbitragem ao abrigo dos quais a intervenção de terceiros seja admitida com dispensa de algumas das condições exigidas pelo número anterior.

ARTIGO 37.º
(Perito nomeado pelo tribunal arbitral)

1. Salvo convenção das partes em contrário, o tribunal arbitral por sua iniciativa ou pedido das partes, pode nomear um ou mais peritos para elaborarem um relatório sobre pontos específicos a determinar pelo tribunal arbitral.

2. No caso previsto no número anterior, o tribunal arbitral pode pedir a qualquer das partes que forneça ao perito qualquer informação relevante ou que apresente ou faculte acesso a quaisquer documentos ou bens relevantes para serem inspeccionados.

3. Salvo convenção das partes em contrário, se uma das partes o solicitar ou se o tribunal arbitral o julgar necessário, o perito, após apresentação do seu relatório escrito ou oral, participará numa audiência em que as partes terão a oportunidade de o interrogar.

4. O preceituado nos artigos 13.º e 14.º, n.ºs 2 e 3, aplica-se, com as necessárias adaptações, aos peritos designados pelo tribunal arbitral.

ARTIGO 38.º
(Assistência dos tribunais estaduais na obtenção de provas)

1. Quando a prova a produzir dependa da vontade de uma das partes ou de terceiros e estes recusem a sua colaboração, uma parte, com a prévia autorização do tribunal arbitral, pode solicitar ao tribunal estadual competente que a prova seja produzida perante ele, sendo os seus resultados remetidos ao tribunal arbitral.

2. O disposto no número anterior é aplicável às solicitações de produção de prova que sejam dirigidas a um tribunal estadual português, no âmbito de arbitragens localizadas no estrangeiro.

CAPÍTULO VI
Da sentença arbitral e encerramento do processo

ARTIGO 39.º
(Direito aplicável; recurso à equidade; recursos)

1. Os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes na convenção de arbitragem, em documento por elas subscrito até à aceitação do primeiro árbitro ou mesmo após essa data, desde que os árbitros aceitem essa incumbência, os autorizem a julgar segundo a equidade.

2. Se as partes lhe tiverem confiado essa função, o tribunal poderá decidir o litígio por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo.

3. A sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral, só será susceptível de recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido julgada segundo a equidade.

ARTIGO 40.º

(Decisão tomada por vários árbitros)

1. Num processo arbitral com mais de um árbitro, qualquer decisão do tribunal arbitral será tomada pela maioria dos seus membros. Se não puder formar-se maioria, a sentença será proferida só pelo presidente do tribunal.

2. Se um árbitro recusar tomar parte na votação da decisão, os outros árbitros poderão proferir sentença sem ele, a menos que as partes tenham convencionado de modo diferente. As partes serão previamente notificadas da intenção de se proferir sentença final sem o árbitro que se tenha recusado a participar na sua votação. Relativamente às outras decisões proferidas no processo, as partes serão subsequentemente informadas da recusa de participação de um árbitro na respectiva votação.

3. As questões respeitantes à ordenação, tramitação ou impulso processual poderão ser decididas apenas pelo árbitro presidente, se as partes ou os outros membros do tribunal arbitral lhes tiverem dado autorização para o efeito.

ARTIGO 41.º

(Transacção)

1. Se, no decurso do processo arbitral, as partes terminarem o litígio mediante transacção, o tribunal arbitral deve pôr fim ao processo e, se as partes lho solicitarem, darão a tal transacção a forma de sentença proferida nos termos acordados pelas partes, a menos que o conteúdo de tal transacção infrinja algum princípio de ordem pública.

2. Uma sentença proferida nos termos acordados pelas partes deve ser elaborada em conformidade com o disposto no artigo 42.º e mencionar o facto de ter a natureza de sentença, tendo os mesmos efeitos que qualquer outra sentença proferida sobre o fundo da causa.

ARTIGO 42.º

(Forma, conteúdo e eficácia da sentença)

1. A sentença deve ser reduzida a escrito e assinada pelo árbitro ou árbitros. Em processo arbitral com mais de um árbitro, são suficientes

as assinaturas da maioria dos membros do tribunal arbitral ou só a do presidente, se por este dever ser proferida a sentença, desde que seja mencionada na sentença a razão da omissão das restantes.

2. Salvo convenção das partes em contrário, os árbitros podem decidir o fundo da causa através de uma única sentença ou de tantas sentenças parciais quantas entendam necessárias.

3. A sentença deve ser fundamentada, salvo se as partes tiverem dispensado tal exigência ou se trate de sentença proferida com base em acordo das partes, nos termos do artigo 41.º.

4. A sentença deve mencionar a data em que foi proferida, bem como o lugar da arbitragem, determinado em conformidade com o artigo 31.º, n.º 1, considerando-se, para todos os efeitos, que a sentença foi proferida nesse lugar.

5. A menos que as partes hajam convencionado de outro modo, da sentença deve constar a fixação do montante e a repartição pelas partes dos encargos directamente resultantes do processo arbitral. Os árbitros podem ainda decidir na sentença, se o entenderem justo e adequado, que uma ou algumas das partes compense a outra ou outras pela totalidade ou parte dos custos e despesas razoáveis que demonstrem ter suportado por causa da sua intervenção na arbitragem.

6. Proferida a sentença, será enviada a cada uma das partes um exemplar assinado pelo árbitro ou árbitros, nos termos do disposto n.º 1 do presente artigo.

7. A sentença arbitral de que não caiba recurso e já não seja susceptível de alteração no termos do artigo 45.º tem o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado e a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual.

ARTIGO 43.º

(Prazo para se proferir sentença)

1. Salvo se as partes na convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado até à aceitação do primeiro árbitro tiverem fixado prazo diferente, os árbitros devem notificar às partes a sentença final proferida sobre o litígio que por elas lhes foi submetido, dentro do prazo de doze meses a contar da data de aceitação do último árbitro.

2. Os prazos definidos de acordo com o n.º 1 podem ser livremente prorrogados, por acordo das partes ou, em alternativa, por decisão do tribunal arbitral tomada quer a pedido de qualquer das partes quer por iniciativa do próprio tribunal, por uma ou mais vezes, por sucessivos períodos de doze meses, devendo tais prorrogações ser devidamente justificadas, salvo se as partes, de comum acordo, se opuserem à prorrogação.

3. A falta de notificação da sentença final dentro do prazo máximo determinado de acordo com os números anteriores do presente artigo, põe automaticamente fim ao processo arbitral, fazendo também extinguir a competência dos árbitros para julgarem o litígio que lhes fora submetido, sem prejuízo de a convenção de arbitragem manter a sua eficácia, nomeadamente para efeito de com base nela ser constituído novo tribunal arbitral e ter início nova arbitragem.

4. Os árbitros que injustificadamente obstarem a que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado respondem pelos danos causados.

ARTIGO 44.º

(Encerramento do processo)

1. O processo arbitral termina quando for proferida a sentença definitiva ou quando for ordenado o encerramento do processo pelo tribunal arbitral, nos termos do n.º 2 do presente artigo.

2. O tribunal arbitral ordenará o encerramento do processo arbitral quando:

- a) o demandante desista do seu pedido, a menos que o demandado a tal se oponha e o tribunal arbitral reconheça que este tem um interesse legítimo em que o litígio seja definitivamente resolvido;
- b) as partes concordem em encerrar o processo;
- c) o tribunal arbitral verifique que a prossecução do processo se tornou, por qualquer outra razão, inútil ou impossível.

2. As funções do tribunal arbitral cessam com o encerramento do processo arbitral, sem prejuízo do disposto no artigo 45.º, no artigo 46, n.º 8 e no artigo 47.º, n.º 3.

3. Salvo se as partes tiverem acordado de modo diferente, nomeadamente através da remissão para um regulamento de instituição especializada na administração de arbitragens que contenha normas sobre a

matéria, o presidente do tribunal arbitral deve conservar o original do processo arbitral durante um prazo mínimo de cinco anos.

ARTIGO 45.º

(Rectificação e esclarecimento da sentença; sentença adicional)

1. A menos que as partes tenham convencionado outro prazo para este efeito, nos trinta dias seguintes à recepção da sentença, qualquer das partes pode, notificando a outra, requerer ao tribunal arbitral, que rectifique, no texto da sentença, qualquer erro de cálculo, erro material ou tipográfico ou qualquer erro de natureza idêntica.

2. No prazo referido no número anterior, qualquer das partes pode, notificando a outra, requerer ao tribunal arbitral que esclareça alguma obscuridade ou ambiguidade da sentença ou dos seus fundamentos.

3. Se o tribunal arbitral considerar o requerimento justificado, fará a rectificação ou o esclarecimento nos trinta dias seguintes à recepção daquele. O esclarecimento fará parte integrante da sentença.

4. O tribunal arbitral pode também, por sua iniciativa, nos trinta dias seguintes à data da notificação da sentença, rectificar qualquer erro do tipo referido no n.º 1 do presente artigo.

5. Salvo convenção das partes em contrário, qualquer das partes pode, notificando a outra, requerer ao tribunal arbitral, nos trinta dias seguintes à data em que recebeu a notificação da sentença, que profira uma sentença adicional sobre partes do pedido ou pedidos apresentados no decurso do processo arbitral, mas omitidas na sentença. Se julgar o pedido justificado, o tribunal proferirá a sentença adicional dentro de sessenta dias, contados daquele requerimento.

6. O tribunal arbitral pode prolongar, se for necessário, o prazo de que dispõe para rectificar, esclarecer ou completar a sentença, nos termos dos n.ºs 1, 2 ou 5 do presente artigo, sem prejuízo da observância do prazo máximo fixado de acordo com o artigo 43.º.

7. O disposto no artigo 42.º aplica-se à rectificação ou à interpretação da sentença, ou à sentença adicional.

CAPÍTULO VII
Da impugnação da sentença

ARTIGO 46.º
(Pedido de anulação)

1. A impugnação de uma sentença arbitral perante um tribunal estadual só pode revestir a forma de pedido de anulação, nos termos do disposto no presente artigo.

2. O pedido de anulação da sentença arbitral, que deve ser acompanhado de uma cópia devidamente certificada da mesma e, se estiver redigida em língua estrangeira, de uma sua tradução para português, é tramitado como se de um recurso de apelação se tratasse, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.

3. A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se:

a) a parte que faz o pedido demonstrar que:

i) uma das partes da convenção de arbitragem estava afectada por uma incapacidade; ou que essa convenção não é válida nos termos da lei a que as partes a sujeitaram ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da presente lei; ou

ii) ela não foi devidamente informada da designação de um árbitro ou do processo arbitral, ou que, por outro motivo, não lhe foi dada a oportunidade de fazer valer os seus direitos; ou

iii) a sentença se pronuncia sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem, ou contém decisões que ultrapassam os termos dessa convenção; ou

iv) a composição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não foram conformes com a convenção das partes, a menos que esta convenção contrarie uma disposição da presente lei que as partes não possam derogar, ou, na falta de uma tal convenção, que não foram conformes com a presente lei e isso teve influência decisiva na resolução do litígio; ou

v) que o tribunal arbitral conheceu de questões de que não podia tomar conhecimento, ou deixou de pronunciar-se sobre questões que devia apreciar; ou

b) o tribunal verificar que o objecto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos do direito português;

4. O fundamento de anulação referido no n.º 3, a), iv) do presente artigo não pode ser invocado pela parte que dele teve conhecimento no decurso da arbitragem e que, podendo fazê-lo, não o alegou nessa altura.

5. O direito de requerer a anulação da sentença arbitral é irrenunciável.

6. Um pedido de anulação só pode ser apresentado no prazo de sessenta dias a contar da data em que a parte que pretenda essa anulação recebeu a notificação da sentença ou, se tiver sido feito um requerimento no termos do artigo 45.º, a partir da data em que o tribunal arbitral tomou uma decisão sobre esse requerimento.

7. Se a parte da sentença relativamente à qual se verifique existir qualquer dos fundamentos de anulação referidos no n.º 3 do presente artigo puder ser dissociada da parte restante da mesma, é unicamente anulada a parte da sentença atingida por esse fundamento de anulação.

8. Quando lhe for pedido que anule uma sentença arbitral, o tribunal estadual competente pode, se o considerar adequado e a pedido de uma das partes, suspender o processo de anulação durante o período de tempo que ele determinar, em ordem a dar ao tribunal arbitral a possibilidade de retomar o processo arbitral ou de tomar qualquer outra medida que o tribunal arbitral julgue susceptível de eliminar os motivos da anulação.

9. O tribunal estadual que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões por aquela decididas, devendo tais questões, se alguma das partes o pretender, serem submetidas a outro tribunal arbitral para serem por este decididas.

10. Salvo se as partes tiverem acordado noutro sentido, com a anulação da sentença a convenção de arbitragem volta a produzir efeitos relativamente ao objecto do litígio.

CAPÍTULO VIII
Da execução da sentença arbitral

ARTIGO 47.º
(Execução da sentença arbitral)

1. A parte que pedir a execução da sentença ao tribunal estadual competente deve fornecer o original daquela ou uma cópia certificada

conforme e, se não estiver redigida em língua portuguesa, uma tradução devidamente certificada nesta língua.

2. No caso de o tribunal arbitral ter proferido sentença condenação genérica, a sua liquidação far-se-á nos termos do n.º 4 do artigo 805.º do Código do Processo Civil.

3. A sentença arbitral pode servir de base à execução ainda que haja sido impugnada mediante pedido de anulação apresentado de acordo com o artigo 46.º, aplicando-se, porém, enquanto estiver pendente tal impugnação, o disposto na lei de processo relativamente às execuções de sentenças de tribunais estaduais de que haja sido interposto recurso para um tribunal superior.

ARTIGO 48.º

(Fundamentos de oposição à execução)

1. À execução de sentença arbitral pode o executado opor-se com qualquer dos fundamentos de anulação da sentença previstos no n.º 3 do artigo 46.º, desde que, na data em que a oposição for deduzida, um pedido de anulação da sentença arbitral apresentado com esse mesmo fundamento não tenha já sido rejeitado por sentença transitada em julgado.

2. Não pode ser invocado pelo executado na oposição à execução de sentença arbitral nenhum dos fundamentos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º para a possível anulação, se já tiver decorrido o prazo fixado no n.º 6 do mesmo artigo para a apresentação do pedido de anulação da sentença, sem que nenhuma parte haja pedido tal anulação.

3. Não obstante ter decorrido o prazo previsto no número anterior, o juiz pode conhecer oficiosamente, nos termos do disposto do artigo 820.º do Código do Processo Civil, da causa de anulação prevista na alínea b) do n.º 3 do artigo 46.º da presente lei, devendo, se verificar que a sentença exequenda é inválida por essa causa, rejeitar a execução com esse fundamento.

4. O disposto no n.º 2 do presente artigo não prejudica a possibilidade de, na oposição à execução de sentença arbitral, serem deduzidos qualquer dos demais fundamentos previstos para esse efeito na lei de processo aplicável, nos termos e prazos aí previstos.

CAPÍTULO IX

Da arbitragem internacional

ARTIGO 49.º

(Conceito de arbitragem internacional)

Entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional.

ARTIGO 50.º

(Inoponibilidade de exceções baseadas no direito interno de uma parte)

Quando a arbitragem seja internacional e uma das partes na convenção de arbitragem seja um Estado, uma organização controlada por um Estado ou uma sociedade por este dominada, essa parte não pode invocar o seu direito interno para contestar a arbitrabilidade do litígio ou a sua capacidade para ser parte na arbitragem, nem para de qualquer outro modo se subtrair às suas obrigações decorrentes daquela convenção.

ARTIGO 51.º

(Validade substancial da convenção de arbitragem)

1. Tratando-se de arbitragem internacional, entende-se que a convenção de arbitragem é válida quanto à sua substância e que o litígio a que ele respeita é susceptível de ser submetido a arbitragem se se cumprirem os requisitos estabelecidos a tal respeito pelo direito escolhido pelas partes para reger a convenção de arbitragem ou pelo direito aplicável ao fundo da causa ou pelo direito português.

2. O tribunal estadual ao qual haja sido pedida a anulação de uma sentença proferida em arbitragem internacional localizada em Portugal, com o fundamento previsto no artigo 46.º, n.º 3, b) da presente lei, deve ter em consideração o disposto no número anterior do presente artigo.

ARTIGO 52.º

(Normas de direito aplicáveis ao fundo da causa)

1. As partes podem designar as normas de direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade. Qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de um determinado Estado será considerada, salvo indicação expressa em contrário, como designando directamente as regras jurídicas materiais deste Estado e não as suas regras de conflitos de leis.

2. Na falta de uma designação pelas partes, o tribunal arbitral aplica as normas de direito mais apropriadas ao litígio.

ARTIGO 53.º

(Irrecorribilidade da sentença)

Tratando-se de arbitragem internacional, a sentença do tribunal arbitral é irrecorrível, a menos que as partes tenham expressamente acordado a possibilidade de recurso para outro tribunal arbitral e regulado os seus termos.

ARTIGO 54.º

(Ordem pública internacional)

A sentença proferida numa arbitragem internacional em que o direito português não haja sido escolhido pelas partes nem determinado pelo tribunal arbitral como aplicável ao fundo da causa, pode ser anulada, nos termos do artigo 46.º, se o conteúdo da mesma ofender os princípios da ordem pública internacional do Estado Português, sem prejuízo da aplicação dos demais fundamentos de anulação da sentença previstos nesse artigo.

ARTIGO 55.º

(Composição amigável)

O tribunal poderá decidir o litígio por apelo à composição das partes, nos termos do art.º 39.º n.º 2.

CAPÍTULO X

Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras

ARTIGO 56.º

(Necessidade do reconhecimento)

1. Sem prejuízo do que é imperativamente preceituado pela Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras bem como por outros tratados ou convenções que vinculem o Estado Português, as sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro só têm eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, se forem reconhecidas pelo tribunal português competente, nos termos do disposto no presente Capítulo desta lei.

2. A parte que pretenda o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, nomeadamente para que esta venha a ser executada em Portugal, deve fornecer o original da sentença devidamente autenticado ou uma cópia devidamente certificada da mesma, bem como o original da convenção de arbitragem ou uma cópia devidamente certificada da mesma. Se a sentença ou a convenção não estiverem redigidas em português, a parte fornecerá uma tradução devidamente certificada nesta língua.

3. Apresentada a petição de reconhecimento, acompanhada dos documentos referidos no número anterior, é a parte contrária citada para, dentro de 15 dias, deduzir a sua oposição.

4. Findos os articulados e realizadas as diligências que o relator tenha por indispensáveis, é facultado o exame do processo, para alegações, às partes e ao Ministério Público, pelo prazo de 15 dias.

5. O julgamento faz-se segundo as regras próprias da apelação.

ARTIGO 57.º

(Fundamentos de recusa do reconhecimento e execução)

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral proferida no estrangeiro só podem ser recusados:

a) a pedido da parte contra a qual a sentença for invocada, se essa parte fornecer ao tribunal competente a quem é pedido o reconhecimento ou a execução a prova de que :

i) uma das partes da convenção de arbitragem estava afectada por uma incapacidade ; ou que a dita convenção não é válida nos termos da lei à que as partes a tenham subordinado ou, na falta de indicação a este respeito, nos termos da lei do país em que a sentença foi proferida; ou

ii) a parte contra a qual a sentença é invocada não foi devidamente informada da designação de um árbitro ou do processo arbitral, ou que, por outro motivo, não lhe foi dada a oportunidade de fazer valer os seus direitos; ou

iii) a sentença se pronuncia sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou contém decisões que ultrapassam os termos desta; contudo, se as disposições da sentença relativas a questões submetidas à arbitragem puderem ser dissociadas das que não tinham sido submetidas à arbitragem, poderá reconhecer-se e executar-se unicamente as primeiras; ou

iv) a constituição do tribunal ou o processo arbitral não foram conformes à convenção das partes ou, na falta de tal convenção, à lei do país onde a arbitragem teve lugar; ou

v) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por um tribunal do país no qual, ou a abrigo da lei do qual, a sentença foi proferida; ou

b) se o tribunal verificar que :

i) o objecto do litígio não é susceptível de ser decidido mediante arbitragem, de acordo com o direito português; ou

ii) o reconhecimento ou a execução da sentença conduz a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado Português.

2. Se um pedido de anulação ou de suspensão de uma sentença tiver sido apresentado num tribunal do país referido no n.º 1, alínea a), subalínea (v) do presente artigo, o tribunal estadual português ao qual foi pedido o seu reconhecimento e execução pode, se o julgar apropriado, suspender a instância, podendo ainda, a requerimento da parte que apresentou tal pedido, ordenar à outra parte que preste caução adequada.

ARTIGO 58.º

(Sentenças estrangeiras sobre litígios de direito administrativo)

No reconhecimento da sentença arbitral proferida em arbitragem localizada no estrangeiro e relativa a litígio que, segundo o direito português, esteja compreendido na esfera de jurisdição dos tribunais administrativos, deve observar-se, com as necessárias adaptações ao regime processual específico destes tribunais, o disposto no artigos 56.º, 57.º e 59.º, n.º 6, da presente lei.

CAPÍTULO XI

Dos tribunais estaduais competentes

ARTIGO 59.º

(Dos tribunais estaduais competentes)

1. Relativamente a litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais, o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem ou, no caso da decisão referida na alínea i) do n.º 1 do presente artigo, esteja domiciliada a pessoa contra quem se pretenda fazer valer a sentença, será competente para decidir sobre:

a) a nomeação de árbitros que não tenham sido nomeados pelas partes ou por terceiros a que aquelas hajam cometido esse encargo, de acordo com o previsto nos n.ºs 3, 4 e 5 do art. 10.º e no n.º 1 do art. 11.º;

b) a recusa que haja sido deduzida, ao abrigo do n.º 2 do art. 14.º, contra um árbitro que a não tenha aceite, destituindo este, ao abrigo do n.º 3 do mesmo artigo, no caso de considerar justificada a recusa;

c) a destituição de um árbitro, requerida ao abrigo do n.º 1 do artigo 15.º;

d) a redução do montante dos honorários ou despesas fixadas pelos árbitros, ao abrigo do n.º 3 do artigo 17.º;

e) a impugnação da decisão interlocutória proferida pelo tribunal arbitral sobre a sua própria competência, de acordo com o n.º 7 do art. 18.º;

f) a impugnação da sentença final proferida pelo tribunal arbitral, de acordo com o disposto no art. 46.º;

g) o reconhecimento de sentença arbitral proferida em arbitragem localizada no estrangeiro.

2. A nomeação de árbitro referida na alínea a) do n.º 1 do presente artigo cabe ao Presidente do Tribunal da Relação que for territorialmente competente.

3. Relativamente a litígios que, segundo o direito português, estejam compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais administrativos, é competente o Tribunal Central Administrativo, quando se trate de matérias compreendidas nalguma das alíneas do n.º 1 do presente artigo, cabendo ao seu Presidente fazer a nomeação prevista na alínea a) do n.º 1.

4. Para quaisquer questões ou matérias não abrangidas pelos números 1, 2 e 3 do presente artigo e relativamente às quais na presente lei se confira competência a um tribunal estadual, são competentes o tribunal judicial de 1ª instância ou o tribunal administrativo de círculo em cuja circunscrição se situa o local de arbitragem, consoante se trate, respectivamente, de litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais ou na dos tribunais administrativos.

5. Em relação a litígios compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais judiciais, quando se trate do reconhecimento de sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro ou das formas de assistência que os tribunais portugueses devam prestar a arbitragens localizadas no estrangeiro, ao abrigo dos artigos 29.º e 38.º, n.º 2, da presente lei, são competentes, respectivamente, o Tribunal da Relação de Lisboa ou o tribunal judicial de 1ª instância em cuja circunscrição deva ser decretada a providência cautelar, segundo as regras de competência territorial contidas no art. 83.º do Código do Processo Civil, ou em que se encontre a testemunha a ouvir ao abrigo do art. 38.º, n.º 2, da presente lei.

6. Quando, relativamente a litígios compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais administrativos, se trate do reconhecimento de sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro ou das formas de assistência que, nos termos da presente lei, os tribunais estaduais devam prestar a arbitragens localizadas no estrangeiro, são competentes, respectivamente, o Tribunal Central Administrativo ou o tribunal administrativo de círculo territorialmente de acordo com o disposto na parte final do n.º 5 do presente artigo, aplicado com as adaptações necessárias ao regime específico dos tribunais administrativos.

7. Nos processos conducentes às decisões referidas no n.º 1 do presente artigo, o tribunal competente deve observar o disposto nos artigos 46.º, n.º 2, 56.º, 57.º, 58.º e 60.º da presente lei.

8. Salvo quando na presente lei se preceitue que a decisão do tribunal estadual competente é insusceptível de recurso, das decisões proferidas pelos tribunais referidos no números anteriores deste artigo, de acordo com o que neles se dispõe, cabe recurso para o tribunal ou tribunais hierarquicamente superiores, sempre que tal recurso seja admissível segundo as normas aplicáveis à recorribilidade das decisões em causa.

9. A execução da sentença arbitral proferida em Portugal corre no tribunal estadual de 1ª instância competente, nos termos da lei de processo aplicável.

10. Para a acção tendente a efectivar a responsabilidade civil de um árbitro, é competente o tribunal judicial de 1ª instância em cuja circunscrição se situe o domicílio do réu.

ARTIGO 60.º

(Processo aplicável)

1. Nos casos em que se pretenda que o tribunal estadual competente profira uma decisão ao abrigo de qualquer das alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 58.º, deve o interessado indicar no seu requerimento os factos que justificam o seu pedido, nele incluindo a informação que considere relevante para o efeito.

2. Recebido o requerimento previsto no número anterior, são notificadas as demais partes na arbitragem e, se for caso disso, o tribunal arbitral, para, no prazo de 10 dias, dizerem o que se lhes ofereça sobre o conteúdo do mesmo.

3. Antes de proferir decisão, o tribunal pode, se entender necessário, colher ou solicitar as informações convenientes para a prolação da sua decisão.

4. Os processos previstos nos números anteriores do presente artigo revestem sempre carácter urgente, precedendo os respectivos actos qualquer outro serviço judicial não urgente.

CAPÍTULO XII
Disposições finais

ARTIGO 61.º
(Âmbito de aplicação no espaço)

A presente lei é aplicável a todas as arbitragens que tenham lugar em território português, bem como ao reconhecimento e à execução em Portugal de sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro.

ARTIGO 62.º
(Litígios em matéria laboral)

A submissão a arbitragem de litígios emergentes de ou relativos a contratos de trabalho será regulada por lei especial.

ARTIGO 63.º
(Centros de arbitragem institucionalizada)

1. A criação em Portugal de centros de arbitragem institucionalizada está sujeita á autorização do Ministro da Justiça, nos termos do disposto em legislação especial.

2. Mantém-se em vigor o Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro, considerando-se as remissões dele constantes para o artigo 38.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, como feitas para o presente artigo.

ARTIGO 64.º
(Alteração ao Código do Processo Civil)

Os artigos 812.º-D, g) e 815.º do Código do Processo Civil passam a ter a seguinte redacção:

“ARTIGO 812.º-D
(Remessa do processo para despacho liminar)

O agente de execução que receba o processo deve analisá-lo e reme-
tê-lo electronicamente ao juiz para despacho liminar nos seguintes casos:

.....

g) Se, pedida a execução de sentença arbitral, o agente de execução duvidar de que o litígio pudesse ser cometido à decisão por árbitros, quer por estar submetido, por lei especial, exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, quer por o direito litigioso não ter carácter patrimonial e não poder ser objecto de transacção.”

“ARTIGO 815.º
(Fundamentos de oposição à execução baseada em decisão arbitral)

São fundamentos de oposição à execução baseada em sentença arbitral não apenas os previstos no artigo anterior mas também aqueles em que pode basear-se a anulação judicial da mesma decisão, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 48.º da lei sobre arbitragem voluntária”

ARTIGO 65.º
(Remissões)

Quaisquer remissões contidas em quaisquer diplomas legais ou regulamentares para as disposições da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, considerar-se-ão como feitas para as disposições correspondentes da presente lei.

ARTIGO 66.º
(Direito revogado)

1. É revogada a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março.

2. São também revogados o n.º 2 do artigo 181.º e o artigo 186.º do Código do Processo dos Tribunais Administrativos.

ARTIGO 67.º
(Entrada em vigor)

O presente diploma entra em vigor três meses após a data da sua publicação.

REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

NOTÍCIAS, CRÔNICAS E RECENSÕES

Armindo Ribeiro Mendes

Advogado; Antigo Juiz do Tribunal Constitucional

Sofia Ribeiro Mendes

Advogada da Sociedade Vieira de Almeida & Associados

Crónica de Jurisprudência Portuguesa em 2008

1. Como se anunciou na "Crónica de Jurisprudência" publicada em 2008, no primeiro número da *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, existe a intenção da Direcção desta de publicar anualmente uma análise da jurisprudência dos tribunais portugueses e, na medida do possível, de decisões dos próprios tribunais arbitrais que cheguem ao nosso conhecimento.

2. Relativamente ao ano de 2008 confinaremos a presente análise às decisões dos nossos Tribunais Superiores, uma vez que não conseguimos ter acesso a decisões dos próprios Tribunais Arbitrais sobre a aplicação da Lei da Arbitragem Voluntária.

Utilizando a sistematização da anterior crónica, passamos em revista as decisões mais significativas.

A) Convenção de Arbitragem, Questão da Arbitrabilidade dos Litígios e Excepção de Preterição de Tribunal Arbitral Voluntário

3. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Março de 2008 (relator – CONS. OLIVEIRA VASCONCELOS)¹ abordou a questão da interpretação de uma convenção de arbitragem para determinar se certo

¹ Publicado na *Colecção de Jurisprudência / Supremo Tribunal de Justiça*, ano XVI (2008), I, págs. 177-179.

litígio era por ela abrangido, a propósito da suscitação numa acção judicial da excepção de violação da convenção de arbitragem.

Tinha sido intentada por uma parte de certo contrato uma acção declarativa de condenação no Tribunal da Comarca de Oeiras contra duas outras partes do mesmo contrato, pretendendo a autora a condenação dos réus com base em incumprimento contratual. Os réus defenderam-se suscitando, entre outros meios de defesa, a referida excepção, na medida em que a cláusula 28.^a desse contrato tinha o seguinte teor: "1. Em caso de litígio emergente da interpretação, aplicação ou integração do presente contrato, as partes diligenciarão, por todos os meios de diálogo e modos de composição de interesses, obter uma solução concertada para a questão. 2. Quando não for possível uma solução amigável e concertada, nos termos previstos no número anterior, qualquer das partes poderá, a todo o momento, recorrer à arbitragem, nos termos dos números seguintes. 3. As partes renunciam expressamente ao foro ordinário para dirimir qualquer litígio emergente deste acordo, obrigando-se a submeter a sua resolução exclusivamente a *Julgo Arbitral*, que julgue segundo a lei portuguesa."

A primeira instância julgou procedente a excepção, absolvendo os réus da instância. Esta decisão foi confirmada pela Relação de Lisboa. Foi, então interposto agravo em 2.^a instância.

Na abordagem desta questão, considerou o Supremo Tribunal de Justiça que o que estava em causa no recurso era "a interpretação da cláusula 28.^a do contrato, ou seja, fixar o sentido e alcance decisivo do compromisso dela constante, segundo as respectivas declarações integradoras".

Nas instâncias, a autora havia sustentado que apenas as questões relativas à existência, validade, eficácia e produção de efeitos do contrato estavam abrangidas pela convenção de arbitragem, sendo da competência dos tribunais comuns o julgamento das acções que tivessem como objecto a declaração do cumprimento ou do incumprimento dessas obrigações.

O Supremo, depois de se referir aos princípios legais sobre interpretação dos negócios jurídicos constantes dos arts. 236.^o a 238.^o do Código Civil, concluiu que tinha sido acolhida nesses preceitos "a denominada «teoria da impressão do destinatário», teoria que sofre adaptação objectiva no caso dos negócios formais, em que a declaração não pode valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no

texto do documento, ainda que imperfeitamente expresso, salvo se tal sentido corresponder à vontade real das partes e as razões determinantes de forma do negócio se não opuserem a essa validade (art. 238.^o, n.^{os} 1 e 2)".

Considerou, depois, que a boa doutrina era a acolhida nas instâncias, afirmando o seguinte:

"Temos, pois, que a resolução de um litígio que tenha por base o cumprimento ou não cumprimento de uma obrigação contratual pressupõe a interpretação – e eventual integração – do contrato.

Para se determinar se uma prestação não foi cumprida necessário é que se determine o conteúdo dessa prestação.

Para essa determinação, necessário é que se fixe o sentido da fonte dessa obrigação.

No caso dos contratos, o sentido das cláusulas contratuais a ela ainentes.

O que, desde logo e atendendo ao acordo entre as partes no caso concreto em apreço, remeteria para a arbitragem a resolução do litígio em causa.

Mas para além das questões relacionadas com a interpretação e integração do contrato, a cláusula compromissória acordada entre as partes remete para a arbitragem os litígios relacionados com a aplicação do contrato.

Cumprimento de um contrato pode ser referido como realização de prestação devida – cfr. artigo 762.^o, n.^o 1, do Código Civil.

É, no caso de a obrigação não ser voluntariamente cumprida, «tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento» cfr. n.^o 1 do artigo 817.^o do mesmo diploma [...]

No caso concreto em apreço, a autora fundamenta o seu pedido na «aplicação» de um contrato que alega ter celebrado com os réus.

O litígio é, pois, manifestamente abrangido pela cláusula de arbitragem."²

² Publicação cit., págs. 178-179. Como "nota final", o Supremo apela à vontade hipotética das partes da convenção de arbitragem, considerando que a maior parte dos litígios contratuais tem a ver com o cumprimento ou incumprimento do respectivo contrato.

É inteiramente correcto o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça expresso neste aresto, o qual era também perfilhado pelo Prof. Raúl Ventura.³

4. No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2008 (relator Cons. SANTOS BERNARDINO)⁴, foi apreciado um agravo de um acórdão da Relação de Lisboa que revogara a decisão condenatória de uma sociedade demandada após o tribunal de primeira instância ter julgado improcedente a excepção de violação da convenção de arbitragem por esta deduzida.

Na primeira instância, a demandante propusera uma acção nas varas cíveis de Lisboa contra duas sociedades que formavam um consórcio tendo estas, entre outros meios de defesa, suscitado a violação de uma convenção de arbitragem constante de dois contratos de empreitada celebrados entre a demandante e as duas demandadas e referente à construção de prédios em dois locais diferentes. Nessas convenções de arbitragem, estabelecia-se que *"todas as questões emergentes do presente Contrato que não sejam resolvidas amigavelmente pelas partes nos termos do número anterior [isto é, numa tentativa de conciliação convocada], serão resolvidas mediante recurso à arbitragem"* (cláusula 13.ª, n.º 2) e que, *"caso as partes não cheguem a acordo quanto aos termos em que a arbitragem deverá decorrer, nomeadamente quanto à convenção de arbitragem, à constituição e local de funcionamento do Tribunal e ao seu objecto, no prazo de 30 dias de calendário contados da notificação da parte que pretenda instaurar o litígio no Tribunal Arbitral, poderá qualquer uma delas submeter o mesmo ao Tribunal Judicial competente"*.

O tribunal de primeira instância relegara o conhecimento das excepções dilatórias deduzidas pelas duas demandadas para a sentença final, por não dispor de elementos probatórios no despacho saneador. Na sentença final absolvera da instância uma das demandadas com fundamento em violação da convenção de arbitragem e condenara a outra nos pedidos, por considerar improcedente, no caso desta, a excepção de

³ "Convenção de Arbitragem", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46.º, 1986, II, pág. 368.

⁴ Proc. n.º 08B847, in www.dgsi.pt/jstj.

violação da convenção de arbitragem. No caso da primeira demandada, provara-se que não tenha sido enviada qualquer carta para constituição do tribunal arbitral, apesar de a demandante a ter convocado para a tentativa de conciliação.

Na apelação interposta pela demandada condenada no pedido, a Relação tinha revogado a sentença condenatória, julgando procedente a referida excepção.

A situação de facto apurada era a seguinte, no que toca à constituição do tribunal arbitral: a demandante remetera, primeiro, a ambas as rés cartas registadas, com aviso de recepção, relativamente a ambos os contratos de empreitada referidos, notificando-as para uma tentativa de conciliação. As cartas expedidas foram recebidas pelas rés. Em seguida, e por não ter havido conciliação com as demandadas, a demandante enviara, apenas, a uma cartas registadas para o domicílio convenionado, manifestando a intenção de desencadear o processo de constituição do tribunal arbitral, as quais tinham sido devolvidas com a indicação de não reclamadas em relação à demandada recorrente.

A Relação considerara que cabia à demandante o ónus de prova da não obtenção do acordo da contraparte quanto ao funcionamento da arbitragem, tendo concluído que não tinha sido cumprido tal ónus, na medida em que não tinha sido feita prova de existência do aviso emitido pelos Correios para reclamação das cartas.

No agravo interposto para o Supremo Tribunal de Justiça, este confirmou o Acórdão da Relação embora com fundamentação diferente. O Supremo começou por analisar os contratos de empreitada celebrados entre o dono das duas obras e as duas empreiteiras em consórcio, passando depois a interpretar a cláusula compromissória, à luz do regime de solidariedade passiva estipulada em ambos os contratos de empreitada.

O entendimento do Supremo foi o seguinte:

"E está, finalmente, provado que a autora não notificou a ré L... [primeira demandada] para os termos do tribunal arbitral [...]"

Ora, a não notificação desta ré é, por si só, suficiente para se concluir que a autora não deu cumprimento ao disposto no n.º 1 do art. 11.º [da LAV] acima transcrito.

Para poder resolver qualquer litígio emergente dos contratos, a autora tinha que percorrer o seguinte iter:

- em primeiro lugar, deveria convocar ambas as rés para tentativa de conciliação, com vista à sua solução amigável;
- frustrada a resolução do diferendo pela via da conciliação, a autora teria de promover o recurso à arbitragem, para o que deveria notificar ambas as rés, nos termos em que a arbitragem devesse decorrer, e após o decurso do prazo de 30 dias, contados da referida notificação, poderia, enfim, submeter o litígio ao tribunal judicial.

A falta de notificação de uma ou outra das rés, nos termos submetidos, implicaria a violação da convenção de arbitragem, conferindo a qualquer delas a faculdade de invocar essa violação, por via de excepção [...]

Isto resulta da já afirmada natureza bifronte de uma das partes nos contratos de empreitada: o litígio surgido entre a autora/empreiteira e essa parte (o dono da obra) devia ser resolvido, de acordo com a cláusula compromissória, por recurso à arbitragem, o que implicava a notificação de ambas as rés, dada a sua actuação em consórcio, e «em regime de solidariedade face às obrigações que para si emergem do presente contrato».

Trata-se de um aresto muito interessante sobre uma situação de arbitragem com pluralidade de partes requeridas, sendo duvidoso, porém, que a fundamentação transcrita seja de sufragar, embora se reconheça que a nossa LAV não contém quaisquer regras quanto às arbitragens multipartes.

De facto, trata-se de uma acção judicial de condenação das rés solidariamente em certa quantia em dinheiro, por alegada violação dos contratos de empreitada por estas últimas. O Supremo Tribunal de Justiça considerou que as demandadas só podiam estar em juízo conjuntamente, numa situação de litisconsórcio necessário. Não se vê, porém, que o art. 11.º, n.º 1, da LAV imponha qualquer litisconsórcio necessário, num caso em que os alegados devedores se encontravam em situação de solidariedade passiva. Parece seguro que, no plano de processo civil, apesar dos empreiteiros agirem em consórcio, o dono da obra podia escolher demandar apenas um ou ambos (cfr. arts. 512.º, n.º 1, e 517.º do Código Civil e 27.º do Código de Processo Civil).

A fundamentação do Supremo Tribunal de Justiça já seria de aceitar se o dono da obra pretendesse a declaração da nulidade dos contratos de

empreitada ou a sua anulação, com base em certo vício. Aí aligura-se que haveria uma situação de litisconsórcio necessário natural, em que a falta de notificação de uma das partes acarretava a ilegitimidade passiva da outra na respectiva acção arbitral.

No caso *sub judicio*, parece-nos que a demandante podia escolher desencadear o processo de constituição do tribunal arbitral apenas quanto a uma das empreiteiras, embora esta última pudesse, no caso de aceitar a constituição do tribunal arbitral, fazer intervir a outra empreiteira na acção arbitral para o acompanhar na posição de demandado. A LAV é omissa quanto a esta matéria, como sucede com outras leis de arbitragem estrangeiras, embora se discuta recentemente a problemática das chamadas arbitragens multipartes, sobretudo no domínio de arbitragem internacional institucionalizada⁵.

Concluimos pois, no sentido de que, não havendo um litisconsórcio necessário óbvio – as partes podiam dispor separadamente dos seus direitos e não tinham que ser tratadas como uma única parte – a fundamentação acolhida no aresto em apreciação não nos parece juridicamente defensável. Por isso, achamos que o Supremo Tribunal de Justiça deveria ter apreciado a questão da validade do n.º 5 da cláusula 13.ª dos contratos de empreitada e, admitindo a validade da desvinculação por falta de acordo subsequente das partes da convenção, apreciar se a notificação tinha sido validamente feita quanto à segunda demandada. Com os dados de facto constantes do acórdão parece-nos que a decisão da primeira instância no sentido de improcedência quanto à segunda demandada da excepção de violação de convenção de arbitragem era a mais correcta.

5. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Novembro de 2008 (relator Cons. PIRES DA ROSA)⁶ apreciou a excepção de violação de convenção de arbitragem suscitada num processo judicial em que um

⁵ Sobre a problemática das arbitragens multipartes, consulte-se a obra de Jean-François Poudret e Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed., Londres, Thomson/Sweet and Maxwell, 2007, págs. 195 e segs. Vejam-se igualmente o art. 36.º do Projecto da Lei de Arbitragem Voluntária da Associação Portuguesa de Arbitragem e os arts. 24.º e 25.º do Regulamento de 2008 do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa.

⁶ Proc. n.º 08B3522, in www.dgsi.pt/jstj.

antigo empregado de uma empresa demandara duas companhias de seguros para pedir a condenação das rés a reconhecer que aquele era portador de invalidez total e permanente quer para o trabalho habitual, quer para qualquer outra actividade, encontrando-se afectado num grau de incapacidade superior a 70%, pedindo a consequente condenação das rés no pagamento do capital do seguro, nas proporções resultantes do contrato de co-seguro celebrado entre as rés e a antiga entidade patronal do autor. Nessa acção, as seguradoras demandadas deduziram a excepção de violação de uma cláusula compromissória constante do contrato de seguro do ramo vida celebrado entre aquelas e a antiga entidade patronal do autor, tendo como beneficiários os trabalhadores desta última.

As seguradoras foram absolvidas da instância no despacho saneador, por se considerar procedente a excepção de violação da convenção de arbitragem, decisão que foi confirmada pela Relação de Coimbra.

O Supremo Tribunal de justiça, no agravo interposto pelo demandante, revogou a decisão da segunda instância, considerando que o demandante não era parte do contrato de seguro, mas um terceiro beneficiário desse contrato (art. 444.º, n.º 1, do Código Civil), apesar de ter subscrito propostas de seguro de saúde e vida, de harmonia com as instruções constantes de um "Guia do Trabalhador" da empresa em causa.

De acordo com a respectiva fundamentação:

"Mas o beneficiário não é parte no contrato celebrado entre o promitente e o promissário. E no reverso do que se disse atrás, não podem então o promitente, ou o promissário, ou ambos, impor-lhe um tribunal arbitral como instituição onde passa ser reconhecido um direito que se radicou autonomamente no seu património [...].

Consequentemente, a cláusula compromissória constante do art. 9.º, n.º 2 do contrato celebrado entre as rés e DD [entidade patronal] não é oponível ao autor"

Parece-nos inteiramente correcta a solução perfilhada pelo Supremo Tribunal de Justiça ao desautorizar as instâncias. O mero preenchimento de um documento pelo trabalhador no âmbito da empresa, para esta indicar às seguradoras a identidade de beneficiário do seguro, não implica a adesão do beneficiário à convenção de arbitragem constante do contrato de seguro celebrado entre as seguradoras e o tomador de seguro.

6. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/2008 (relator – Cons. SOUSA RIBEIRO)⁷ veio apreciar uma questão de constitucionalidade atinente à norma do Código de Processo Civil que prevê a excepção de violação da convenção de arbitragem, tendo "julgado inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 494.º, alínea j), do Código de Processo Civil, quando interpretada no sentido de a excepção de violação da convenção de arbitragem ser oponível à parte em situação superveniente de insuficiência económica, justificativa de apoio judiciário, no âmbito de um litígio que recaí sobre uma conduta a que eventualmente seja de imputar essa situação".

Uma empresa propusera uma acção judicial contra outras duas, pedindo a condenação da primeira ré no pagamento de quantias correspondentes ao crédito emergente de resolução ilegal de um contrato de *franchising* e às rendas vencidas, relativas a contrato de arrendamento celebrado pela autora com terceiros para instalar o estabelecimento de ensino a que se referia aquele contrato, e ambas as rés no pagamento da quantia correspondente ao crédito da autora emergente de obras e melhorias realizadas no local objecto de subarrendamento (para onde a autora transferira as instalações do estabelecimento referido).

As rés suscitaram a excepção de violação de convenção de arbitragem, tendo o tribunal judicial, no despacho saneador, julgada improcedente essa excepção, baseado no seguinte entendimento: "conciliando desta forma todo o nosso ordenamento jurídico (lei constitucional e lei ordinária) e porque o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, que se encontra em plano superior ao direito das rés (o direito potestativo a exigir a arbitragem) temos que concluir que a *difficultas praestandi da autora torna inexigível que ela cumpra o acordo de arbitragem e que não é assim possível impor-lhe, de forma procedente, a excepção dilatória de violação de convenção de arbitragem.*"

Houve agravo para a Relação de Guimarães, mas este Tribunal confirmou a decisão de primeira instância. Chegou a ser interposto um agravo para o Supremo Tribunal de Justiça, que não foi admitido. Foi por último interposto recurso de constitucionalidade do Acórdão da Relação

⁷ Publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 148, de 1 de Agosto de 2008.

de Guimarães, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do art. 70.º da Lei do Tribunal Constitucional.

Neste recurso de constitucionalidade, foi discutida a questão prévia da sua admissibilidade, acabando por prevalecer o entendimento de que a Relação de Guimarães, a pretexto de uma interpretação conforme à Constituição, desaplicara a referida alínea f) o art. 494.º do Código de Processo Civil, numa certa interpretação. A questão de inconstitucionalidade era a de saber "se, em caso de insuficiência económica que impossibilite suportar os custos de um tribunal arbitral, o direito de acesso à justiça consagrado no artigo 20.º da Constituição torna inexigível o cumprimento da convenção de arbitragem, com a consequente inaplicação da excepção dilatória prevista no artigo 494.º, alínea j)".⁸⁾

A resposta a esta questão de inconstitucionalidade normativa foi positiva, como acima se referiu. Na sua clara fundamentação, referiu o Tribunal Constitucional:

"Como qualquer outro negócio jurídico, a convenção de arbitragem produz efeitos juridicamente vinculantes para os sujeitos que a celebraram, sendo dotada das garantias de efectividade próprias do direito. Tratando-se de um acto de autonomia privada, e, portanto, de uma liberdade cujo exercício é constituinte de juridicidade [...], a permissão e reconhecimento pelo ordenamento vêm necessariamente acompanhados da disponibilização de garantias e de meios de tutela, para que se cumpra a vontade negocialmente afirmada.

⁸⁾ Na sua declaração de voto, o Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos manifestou dúvidas sobre se a Relação de Guimarães teria efectivamente recusado, por inconstitucionalidade, a aplicação da dimensão normativa cuja conformidade à Constituição o acórdão tinha discutido, na medida em que sufragara o entendimento da primeira instância de que a impossibilidade de cumprir uma obrigação acessória da obrigação principal acarretaria, nos termos do art. 790.º do Código Civil, uma extinção desta última, fundada em impossibilidade de cumprimento da mesma por causa não imputável ao devedor. Nessa medida, não estaria em causa um recurso por desaplicação normativa com fundamento em inconstitucionalidade. Note-se que, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Janeiro de 2000 (relator-Cons. Aragão Seia, publicado no *Bol. Min. Justiça* n.º 493, págs. 327 e segs.) este Tribunal negara, em caso semelhante, que pudesse haver inconstitucionalidade normativa, decidindo que a obrigação de participar na constituição do tribunal arbitral se extinguira nos termos do art. 790.º do Código Civil.

Expressão disso mesmo é o disposto na alínea j) do artigo 494.º. A atribuição de competência ao tribunal arbitral, através de convenção de arbitragem, tem como efeito negativo impedir a resolução judicial do litígio. Sendo a acção instaurada no tribunal judicial, a convenção, desde que invocada, obstaculiza que esta instância conheça da causa e profira decisão de mérito [...]" (n.º 8)

Depois de referir que o respeito pela vontade exteriorizada na convenção de arbitragem, sendo um factor de certeza e de segurança, representa também a efectivação de consequências intencionais pelo exercício da liberdade pelas acções dos sujeitos de que o negócio é instrumento, nota que tal efectivação "não pode ser isolada dos referentes normativos de protecção constitucional, afirma o Tribunal:

"Não estando prevista a atribuição de apoio judiciário nos tribunais arbitrais, o cumprimento estrito desse acordo coloca o recorrido numa situação de indefesa [...]

[...] A concreta configuração dilemática deste conflito de direitos só admite uma solução optativa, de preferência absoluta de um com sacrifício total do outro: ou se cumpre a convenção de arbitragem, o que importará a denegação da justiça a uma das partes, por entaves de capacidade económica; ou, como único meio de garantir a este contraente o acesso à tutela jurisdicional efectiva, se dá como competente o tribunal judicial, o que significa negar eficácia ao livremente acordado na convenção de arbitragem [...]

Os factores de ponderação atendíveis apontam, todos eles, no sentido do segundo termo da alternativa atrás anunciada [...]" (n.º 8)

O Tribunal Constitucional chamou ainda a atenção, numa segunda linha argumentativa, para que a preterição do tribunal arbitral era uma consequência de ordem puramente instrumental, pois tinha a ver apenas com o afastamento de uma via preferencial de apreciação e solução do litígio, deixando, claro, intocada a via de acesso aos tribunais judiciais. Assim, na resolução deste conflito de direitos (o de execução da convenção de arbitragem pelas duas partes e o de obtenção da tutela judiciária), afigura-se que o sacrifício de preterir a via arbitral era "necessário e perfeitamente proporcionado à salvaguarda do bem protegido com a garantia de tutela jurisdicional":

"O Estado não abre, designadamente, mão da garantia, a todos assegurada, do acesso à justiça. Quando a efectivação dessa garantia requerer a prestação de apoio judiciário, não previsto no âmbito dos tribunais arbitrais, o único meio de evitar o resultado, constitucionalmente inaceitável, de denegação da justiça, é o reassumir da competência do tribunal judicial."

A solução da desvinculação da convenção de arbitragem avançada pelo Tribunal Constitucional – e antes pelo Supremo Tribunal de Justiça – tem sido discutida no estrangeiro. Na Alemanha, o Supremo Tribunal (*Bundesgerichtshof*) tem decidido desde 1964 no mesmo sentido, isto é, de que a parte que não tem capacidade de pagar aos árbitros pode propor uma acção nos tribunais estaduais com base na solução de que a convenção de arbitragem se tornou "insusceptível de ser executada", nos termos do §1029.º da lei do processo civil (*ZPO – Zivilprozessordnung*)⁹, visto não haver apoio judiciário nos tribunais arbitrais. A doutrina tem-se dividido sobre a bondade desta orientação jurisprudencial, que é oposta à da jurisprudência inglesa. Importa chamar a atenção para que, na Alemanha, a questão não tem sido posta no plano constitucional do acesso aos tribunais.

No plano da constitucionalidade, porém, parece inatacável a decisão proferida pelo nosso Tribunal Constitucional.

Acrescente-se que a incapacidade económica de uma parte para suportar os encargos da arbitragem impede na prática o desenvolvimento do processo arbitral, na medida em que uma das partes se recusa a fazer adiantamentos por conta desses encargos. A forma de ultrapassar tal situação consiste em a outra parte se substituir à parte faltosa nesses adiantamentos.

7. O Acórdão da Relação de Lisboa de 11 de Novembro de 2008 (relatora-Desemb^a ROSÁRIO GONÇALVES)¹⁰ apreciou um agravo interposto

⁹ Cfr. Sachs/Lücher, comentário ao processo arbitral in *Arbitration in Germany – The Model Law in Practice*, ob. colectiva organizada por K-H Böckstiegel, S. M. Kröll e Patricia Nacimiento, Austin/Boston/Chicago/Nova Iorque/Holanda, Walters Kluwer – Law and Business, 2007, pág. 294.

¹⁰ Proc. n.º 43009/2008-1, in www.dgsi.pt/jtrl.

do despacho saneador que julgara procedente a excepção de violação de convenção de arbitragem.

Tratava-se de um litígio entre um lojista e duas entidades que exploram um Cento Comercial. O autor, na acção, formulara o pedido de restituição definitiva da posse de certa loja e vários pedidos indemnizatórios (indemnização do valor que o lojista deixara de auferir durante o período em que esteve privado da posse da loja e quantias vincendas; indemnização por reparação de danos decorrentes de deterioração de mercadorias; indemnização por danos não patrimoniais e danos de imagem), alegando a existência de um contrato de utilização de espaço em centro comercial, entretanto denunciado. As rés excepcionaram a preterição de tribunal arbitral voluntário, a qual foi julgada procedente, visto a primeira parte da cláusula 23.ª desse contrato estipular que "todos os litígios emergentes da interpretação, aplicação ou execução do presente contrato serão dirimidos por recurso à arbitragem do Centro de Arbitragens Voluntárias da Ordem dos Advogados", sendo o litígio resolvido segundo a equidade.

No agravo, o lojista considerou que o juiz de primeira instância não podia conhecer da excepção de violação da convenção de arbitragem, por falta de matéria probatória suficiente, sustentando que o objecto do litígio excedia o âmbito da cláusula compromissória que está integrada num contrato de adesão que fora assinado logo depois do apresentado, sem ter havido possibilidade de discussão. Tal contrato substituíra um anterior contrato de arrendamento celebrado entre as mesmas partes.

O Tribunal da Relação de Lisboa considerou o agravo procedente, mandando prosseguir a acção para apuramento da matéria de facto e posterior decisão da convenção de arbitragem.

É criticável o entendimento da Relação de que a questão em causa não era linear e que a agravante ia "mais longe na sua pretensão, do que de uma mera interpretação, aplicação ou execução do contrato em que se plasma a cláusula compromissória". Na verdade, trata-se de um litígio atinente às consequências de uma alegada resolução ilegal de um contrato de utilização de loja em centro comercial, matéria que tem a ver claramente com a execução contratual, não parecendo atendível a consideração do autor de que esse contrato fora assinado de forma irreflectida, substituindo um anterior contrato de arrendamento.

Não sendo a cláusula compromissória nula, ineficaz ou insusceptível de aplicação no caso concreto, os tribunais judiciais deviam absolver da instância as demandadas, remetendo as partes para a arbitragem, atendendo a que deve ser o tribunal arbitral a aferir da sua própria competência (art. 21.º, n.º 1, da LAV).

8. Especificamente sobre arbitrabilidade dos litígios, o Tribunal da Relação do Porto, através do seu Acórdão de 26 de Maio de 2008 (relatora-Desemb.ª ANABELA LUNA DE CARVALHO)¹¹, julgou que cai fora do alcance de qualquer convenção de arbitragem uma acção de consignação em depósito.

O autor dessa acção de consignação em depósito pretendeu depositar à ordem do tribunal judicial o montante da renda e indemnização legal moratória, alegando não ter conseguido pagar essa renda no ano respectivo, o que dera origem à resolução do contrato de arrendamento rural por comunicação do senhorio. Na contestação, este deduziu a excepção de violação da convenção de arbitragem.

Na primeira instância foi julgada procedente a excepção e absolvido o réu da instância.

No agravo subsequente, a Relação do Porto, depois de examinar os n.ºs 1 a 3 do art. 1.º e o art. 30.º da LAV afirmou que do disposto no art. 1024.º do Código de Processo Civil se pode concluir que o procedimento de consignação "é um daqueles casos em que o Estado não abdicou ou admitiu ceder o seu poder jurisdicional, e que por isso se encontra excluído da competência dos tribunais arbitrais", nomeadamente porque a lei manda fazer o depósito na Caixa Geral de Depósitos, entidade tutelada pelo Estado, e alude a um "depósito judicial".

Afigura-se que esta decisão é inteiramente correcta. Estava-se perante uma consignação em depósito como objecto de um processo especial autónomo, anterior a qualquer acção de despejo ou de restituição de posse. Como referia ALBERTO DOS REIS, "o devedor quer libertar-se da dívida, quer exonerar-se da obrigação e não tem meio de o fazer

particularmente. O processo judicial de consignação surge, pois, com meio externo para o devedor efectuar o pagamento"¹².

Este processo tem clara natureza instrumental, não se destinando a resolver definitivamente o litígio atinente à execução do contrato de arrendamento. Tem alguma semelhança com certos procedimentos cautelares, nomeadamente com o arrolamento. Pode dizer-se que é um processo provisório, pois a renda pode não ser já devida, tendo o senhorio direito a uma indemnização, as quais serão discutidas noutra processo.

B) Processo arbitral

9. O Acórdão da Relação de Évora de 5 de Junho de 2008 (relator-Desemb. MANUEL MARQUES)¹³ apreciou um agravo em que se discutia a questão da caducidade de uma providência em que se ordenara a proibição de venda ou oneração a terceiros pelas requeridas de um prédio urbano descrito na Conservatória do Registo Predial de Tavira. Tal procedimento cautelar comum correria por apenso a uma acção proposta no Tribunal Judicial de Tavira. Na acção principal, os réus foram absolvidos da instância por acórdão da Relação de Évora por violação de convenção de arbitragem, por se ter entendido ser competente para conhecer do pedido de execução específica do contrato-promessa de compra e venda desse prédio um tribunal arbitral a constituir na Suíça.

A requerente do procedimento cautelar e autora na acção principal viera invocar a manutenção da providência cautelar decretada face à interposição tempestiva da respectiva acção arbitral. Uma das requeridas aceitou que a acção arbitral fora tempestivamente interposta, ao passo que a outra veio suscitar a questão da caducidade do procedimento. Na primeira instância foi decidido manter a providência, despacho impugnado por agravo. A Relação de Évora confirmou esse despacho.

A Relação de Évora apurou que o acórdão que absolvera da instância os dois réus transitara em julgado em 22 de Outubro de 2007 e que

¹¹ Proc. n.º 0652236 in www.dgsi.pt/jrtp.

¹² *Processos Especiais*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1953, pág. 341.

¹³ Publicado na *Colecção de Jurisprudência*, ano XXXIII (2008), III, págs. 245 e segs.

um operador postal privado enviara da Suíça em 29 de Outubro desse ano notificações postais contendo a petição da acção arbitral. O primeiro réu recebera tal comunicação em 31 de Outubro, ao passo que viera devolvida a notificação da segunda ré, após uma tentativa em 30 de Outubro, com a indicação de "endereço incorrecto". Fora tentada uma segunda vez a notificação no Estoril, mas viera devolvida em 9 de Outubro, com indicação "cliente indisponível ou empresa encerrada". Por último, fora entregue no stand de vendas da segunda ré a notificação postal, por correio expresso, em 12 de Novembro de 2007.

Passou depois a resolver a questão de direito que era a de saber em que momento processual se considera interposta uma acção arbitral para os efeitos do n.º 5 do art. 383.º do Código de Processo Civil, atento o disposto nos arts. 389.º, n.º 1, alínea d) e 289.º, n.º 2, do mesmo diploma. Pode ler-se no acórdão da Relação de Évora:

"Tratando-se de uma acção arbitral, coloca-se o problema de saber qual o momento em que se inicia a relação jurídica processual, ou seja, quando é que esta se mostra proposta e à luz de que lei se deverá definir se a acção arbitral se mostra ou não proposta (a lei portuguesa, a lei suíça ou outra).

Não obstante o tribunal arbitral a constituir se situar na Suíça, o certo é que a lei reguladora do presente procedimento cautelar é a portuguesa, enquanto a lei do território (lex fori) onde corre o processo [...].

Ora, face à lei portuguesa, a acção considera-se intentada na data em que for recebida na secretaria, sem prejuízo do disposto no art. 150.º – art. 267.º [do Código de Processo Civil].

O problema surge por, no caso de uma acção a intentar num tribunal arbitral a constituir, não existir secretaria [...].

Temos por nós que esse acto deve ser a diligência do demandante para a constituição do tribunal arbitral e esta ocorre quando se expede para a contraparte o requerimento para a constituição do tribunal – vide art. 11.º da Lei n.º 31/86, de 29/08.

De outro modo, sujeitar-se-ia a propositura da acção às dificuldades que o demandado criasse para evitar a rápida constituição do tribunal ou a sua notificação.

Por outro lado, [...], entende-se que qualquer eventual irregularidade de notificação ou a sua ineficácia não poderão ser conhecidas nos

presentes autos de procedimento cautelar, mas sim nos da arbitragem, após a constituição do Tribunal [no Acórdão alude-se ao art. V, n.º 1, al. b) da Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais].

Deverá, pois, para efeitos do disposto nos arts. 289.º e 389.º, n.º 1, al. d) do CPC, considerar-se a acção proposta com o início dos procedimentos para a constituição do tribunal, não sendo necessária a certificação dessa notificação."

Parece-nos inteiramente aceitável esta fundamentação que vale para um tribunal arbitral a constituir no estrangeiro ou para um tribunal arbitral a constituir em Portugal (ou, mais rigorosamente, para uma arbitragem que tenha lugar em território português – art. 37.º da LAV).

10. No Acórdão da Relação de Lisboa de 16 de Setembro de 2008 (relator-Desemb. JOÃO AVEIRO PEREIRA)¹⁴ foi apreciado um recurso de apelação interposto da sentença arbitral proferida no âmbito de uma instituição de arbitragem da área de seguros (CIMASA – Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Seguros Automóveis), a qual absolvera do pedido a seguradora demandada.

O segurado propusera uma acção arbitral, pretendendo ser indemnizado do valor da reparação da viatura e do tempo em que estivera privado de a poder utilizar, em virtude de acidente de viação. A acção fora contestada pela seguradora.

O árbitro único fixara a data de julgamento no dia 16 de Julho de 2007. Notificado dessa marcação, viera o advogado do autor pedir que fosse dada sem efeito essa data por ele próprio se encontrar impedido de comparecer, em virtude de diligências anteriormente marcadas para as 10 e 14 horas no Tribunal da Covilhã. Em alternativa, sugeriu várias datas para a realização do julgamento, no mês de Setembro de 2007. O pedido foi indeferido por o Regulamento não prever o adiamento da

¹⁴ Proc. n.º 421/2008-1, in www.dgsi.pt/jtrl, também publicado, com anotação favorável do Prof. Menezes Cordeiro, na *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 69 (2009), I-II, págs. 367 e segs, o qual conclui que, "em boa hora" foi aí acolhida a boa doutrina: "A Relação de Lisboa não só repôs a ordem e justiça, num processo delas arreado, como ressaltou o prestígio das arbitragens" (págs. 375).

audiência arbitral. O mandatário requereu então a suspensão da audiência, e a sua realização ainda em Julho, embora sem a sua presença. No dia marcado para a audiência, foi indeferido o segundo requerimento pelo Árbitro único e ordenada a realização do julgamento sem o autor estar representado. A seguradora veio a ser absolvida do pedido.

A Relação de Lisboa revogou esta sentença, anulando o despacho que mantivera a realização do julgamento.

Podê ler-se na fundamentação deste aresto:

"No caso dos autos, o ilustre mandatário do A. teve o cuidado de comunicar ao Tribunal o seu impedimento, com antecedência razoável, e de pedir que fosse dada sem efeito a data designada, sugerindo até três datas alternativas. Pediu então a suspensão e nada lhe foi respondido, a não ser, no dia da audiência, com o indeferimento que, segundo se lê do douto despacho, à data do requerimento a dita audiência ainda não estar iniciada e também por tal requerimento não se enquadrar no art. 14.º do dito Regulamento. Trata-se efectivamente de uma situação, salvo o devido respeito, algo «kafkiana», que culminava num julgamento sem intervenção do mandatário do A. e, portanto, sem possibilidade de este contraditar a prova produzida e até de ser ouvido antes da decisão tomada[...]"

De forma exemplar, a Relação de Lisboa considerou que a invocação do Regulamento da CIMASA era insusceptível de contrariar princípios fundamentais como o de acesso ao direito e aos tribunais e o do contraditório (art. 16.º, alínea c) e d), da LAV). O próprio Regulamento da CIMASA, notou a Relação de Lisboa, remetia, no seu art. 3.º, para a LAV e para o Código de Processo Civil, em tudo o que não estivesse nele previsto (art. 3.º). Por isso, a decisão em causa era ilegal por violação do art. 651.º, n.º 1, als. c) e d), do Código de Processo Civil.

Especificamente quanto ao mérito, considerou que a inobservância do princípio do contraditório comprometera irremediavelmente a produção de prova, pois que

"... se tivesse sido respeitado o contraditório, com a presença do ilustre advogado do A., o resultado da produção de prova poderia ter sido diferente, pois teria oportunidade de inquirir e instar as testemunhas e teria, quem sabe, juntado documentos. Enfim, a ausência do mandatário é

sempre susceptível de influenciar o sentido da decisão, pois a sua acção é indispensável ao equilíbrio dos pratos da balança e à consecução de uma justiça não apenas formal."

Por isso, esta acção arbitral teria de ser anulada, nos termos conjugados dos arts. 16.º, als. c) e d) e 27.º da LAV, sendo este fundamento de anulação invocável em recurso (art. 27.º, n.º 3, desta Lei).

Não pode deixar de impressionar a insensibilidade e o formalismo do árbitro único para esta situação «kafkiana», os quais tiveram de ser censurados por um Tribunal Judicial... A Arbitragem neste caso não "ficou muito bem na fotografia"!

C) A questão da Fundamentação das Sentenças Arbitrais e os Fundamentos de Anulação de Sentenças Arbitrais

11. No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 2008 (relator – Cons. JOÃO CAMILO)¹⁵, este tribunal apreciou um recurso de revista interposto de um Acórdão da Relação de Lisboa que confirmou a decisão da 1.ª instância de julgar improcedente o pedido de anulação de Acórdão Arbitral por violação do disposto no artigo 27.º, n.º 1, alíneas d) e e), da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto ("LAV") e por violação de ordem pública, requerido pela ré na acção arbitral na qual, em traços gerais, se discutiu a aplicação de penalidades decorrentes de um acordo parassocial celebrado, nomeadamente a sua natureza cumulativa ou alternativa, verificado que foi o incumprimento da ré na acção arbitral e a ausência de prejuízos dos autores em consequência desse incumprimento.

Por se mostrar de interesse para o presente comentário, passa-se a resumir brevemente os factos dados como provados na acção arbitral: as partes celebraram um acordo parassocial referente a uma determinada sociedade, nos termos do qual a autora (ré na acção arbitral) estava obrigada a pagar às rés (autoras na acção arbitral) uma determinada quantia, sendo que, se não o fizesse no prazo de 15 dias, haveria incumprimento da obrigação, ficando constituída na obrigação de pagamento dessa

¹⁵ In www.dgsi.pt/Supremo, Proc. n.º 8A1698

quantia em dobro. Previa ainda o acordo parassocial que o incumprimento daquela obrigação permitia à parte não faltosa adquirir a participação social da outra parte contra o pagamento de uma quantia igual a 70% do valor dessa participação. A autora (ré na acção arbitral) não pagou a quantia devida no prazo estipulado, mas acabou por pagar, tendo ficado provado que as rés (autoras na acção arbitral) não sofreram prejuízos, para além da perda de eventuais juros pelo depósito desse dinheiro. O Tribunal Arbitral considerou que as penalidades previstas no acordo parassocial eram alternativas mas ainda assim excessivas e reduziu-as da seguinte forma: para singelo a obrigação de pagamento em dinheiro; e a transmissão das participações pelo seu valor real reduzido do valor da prestação em falta (valor em singelo), cabendo às partes não faltosas (autoras na acção arbitral) a escolha da penalidade aplicável.

O Supremo considerou que as questões a decidir no recurso de revista eram as seguintes: (i) se o Acórdão Arbitral se ocupou de questão de que não podia conhecer, o que acarreta a sua nulidade, nos termos do artigo 27.º, n.º 1 e) da LAV (ii) se o Acórdão Arbitral violou normas de ordem pública a.o condenar a recorrente sem existir dano (iii) se o Acórdão Arbitral é nulo por falta de fundamentação da parte da decisão que fixou o valor da cláusula penal convencionada, afirmando que, não tendo a recorrente aduzido quaisquer argumentos substancialmente diferentes dos já apresentados às instâncias, iria negar a revista, e sem pretensão de acrescentar nada de novo ao Acórdão da Relação recorrido (que o Supremo qualifica de "brilhante" mas que infelizmente não se encontrou nota de estar publicado) passaria apreciar as questões supra identificadas de forma sintética.

Relativamente à primeira questão, o Supremo considerou que o que estava ali em causa era saber se, tendo os autores escolhido, no decorrer da arbitragem, a opção de compra prevista no acordo para o caso do tribunal arbitral entender que as penalidades previstas no acordo parassocial para o incumprimento da ré eram alternativas, tal configurava, ou não, uma redução do pedido inicial e uma modificação do objecto da acção, que implicaria que o Tribunal Arbitral, ao reconhecer às autoras ambos os pedidos na modalidade alternativa, tinha conhecido para além do objecto do litígio.

Ora, o fundamento de anulação contemplado no artigo 27.º, n.º 1, e), da LAV diz respeito à obrigação do Tribunal Arbitral, na prolação do

acórdão, de não poder conhecer senão das questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas que a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento oficioso, entendido como um corolário directo do princípio do dispositivo, unanimemente considerado pela doutrina aplicável ao processo arbitral¹⁶, ainda que na ausência de norma expressa¹⁷.

Assim, este fundamento de anulação é geralmente subdividido em dois: excesso de pronúncia ou pronúncia indevida e omissão de pronúncia, sendo que o que estava em causa no Acórdão em apreciação era precisamente o primeiro, sendo de entender que este vício só se verificará se o Tribunal Arbitral conhecer de questões cuja apreciação não foi requerida pelas partes, o que não era manifestamente a situação dos autos, pelo que é de aplaudir a decisão das instâncias e do Supremo de afastar este fundamento.

Quanto à segunda questão, defendeu a recorrente que o reconhecimento pelo Tribunal Arbitral do direito de indemnização das recorridas, quando ficou provada nos autos a ausência de dano, violava normas de ordem pública.

Ora, tanto as instâncias, como o Supremo, não tiveram dúvidas em afirmar que a violação da ordem pública tem de ser admitida como causa de anulação de decisões arbitrais, pese embora tal fundamento não conste do elenco taxativo do artigo 27.º da LAV, conclusão que não nos parece que possa ser retirada sem mais, devendo a inclusão desta e de outras causas de anulação não previstas neste artigo ser eventualmente admitida com muitas cautelas¹⁸.

¹⁶ Cf. por todos, na doutrina portuguesa, Paula Costa e Silva "Anulação e recursos da decisão arbitral" in ROA, 52 (1992), pág. 921.

¹⁷ A LAV também não consagra expressamente nenhuma regra quanto às questões de que os árbitros devem conhecer na decisão arbitral, sendo preferível fundamentar a existência, em sede de arbitragem, desta e de outras regras, por recurso ao conceito de Princípios Gerais de Direito do que por aplicação analógica das normas do Código de Processo Civil, como parece fazer o Acórdão em apreciação, na senda do que vem sendo defendido por Paula Costa e Silva.

¹⁸ De facto, conforme salienta Lima Pinheiro (in "Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral" ROA, 67 (2007), vol. III, o controlo de mérito da decisão arbitral só é admissível por via de recurso, pelo que deverá ser contrariada a tendência das partes (ou dos seus advogados) em tentar introduzir, por via da anulação, um controlo

De facto, dificilmente se poderá defender que a enumeração constante do artigo 27.º da LAV não é taxativa¹⁹ ("a decisão arbitral só pode ser anulada") pelo que a inclusão da violação da ordem pública como fundamento de anulação só poderá ser feita através de uma construção jurídica que reconduza tal violação a uma das alíneas do artigo 27.º²⁰ ou por recurso aos critérios gerais do direito²¹, com o objectivo de paralisar²² os efeitos de uma decisão arbitral que seja contrária à ordem pública.

Questão bem mais complexa será a de determinar qual a ordem pública cuja violação poderá fundamentar a anulação de uma decisão arbitral, podendo encontrar-se na doutrina portuguesa duas posições fundamentais: a daqueles que entendem que apenas a violação da ordem pública internacional²³ é fundamento de anulação de sentenças arbitrais²⁴ e a dos que defendem que se trata antes da ordem pública nacional²⁵,

de mérito para as decisões que não são recorríveis, deixando os fundamentos da anulação para o núcleo de casos graves de violação de regras e princípios fundamentais da ordem jurídica. O art. 46º do Projecto de Lei de Arbitragem Voluntária, elaborado em 2009 pela Associação Portuguesa de Arbitragem, não inclui entre os fundamentos de anulação a violação da ordem pública.

¹⁹ A taxatividade dos fundamentos de anulação tem sido defendida na jurisprudência dos tribunais superiores, por ex: acórdãos do Supremo de 2 e 24 de Outubro de 2006 in www.dgsi.pt.

²⁰ Se é a convenção de arbitragem que viola uma regra de ordem pública, a violação será conduzida à al. a) (não arbitrabilidade do litígio) ou al. b) (incompetência do tribunal arbitral), se é no decurso do processo arbitral, poderá ser reconduzida à al. d) (desrespeito de um princípio fundamental)

²¹ Paula Costa e Silva, *ob. cit.*, pág. 945.

²² Na grande maioria dos casos, tal desiderato será igualmente atingido aquando da execução da sentença arbitral, pois quer se trate de uma sentença estrangeira, quer se trate de uma sentença arbitral nacional, o regime jurídico aplicável contempla a violação de uma norma de ordem pública como fundamento de oposição à execução – cfr. artigo 815.º CPC e artigo V, n. 2 al. b), da Convenção de Nova Iorque de 1958 para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras

²³ Entendida como as normas e princípios fundamentais de uma ordem jurídica transnacional e autónoma perante o Direito internacional Público e os Direitos internos – cfr., na doutrina nacional, Lima Pinheiro, "Arbitragem Transnacional", Coimbra, Almedina, pág. 471 e, na doutrina estrangeira, Fouchard/Gaillard/Goldman on "International Commercial Arbitration", Kluwer Law International, 1999 págs. 847 e segs.

²⁴ É o caso de Lima Pinheiro, ROA art. cit.

²⁵ É o caso de Paula Costa e Silva, art. cit.

entendida como um conjunto de regras e princípios gerais imperativos, sendo que a primeira das posições nos parece preferível na medida em que não abre a porta a constantes ataques à validade das decisões arbitrais, até porque a mais das vezes o juízo sobre se determinada decisão arbitral viola ou não a ordem pública interna só será possível através de uma análise de mérito da decisão, o qual poderá estar vedado se esta não for recorrível.

Assim, cremos que a anulação de uma sentença arbitral, com fundamento em contrariedade à ordem pública só deverá ser admitida naqueles casos excepcionais em que a decisão conduza a um resultado manifestamente incompatível com normas e princípios fundamentais da ordem jurídica nacional, entendidos segundo um critério uniforme nas arbitragens nacional e internacionais.

Quanto à terceira das questões identificadas, é manifesto que o Acórdão Arbitral recorrido não é nulo por falta de fundamentação, esclarecendo o Supremo que o mesmo especifica a matéria de facto apurada, as questões jurídicas suscitadas e sua análise em pormenor, fazendo uma interpretação dos factos que julgou provados, relevantes para a decisão e tirando as respectivas conclusões.

De facto, a doutrina e a jurisprudência portuguesas²⁶ são unânimes ao considerarem que só padecerá do vício apontada no artigo 27.º, n.º 1, d), da LAV por referência ao artigo 23.º, n.º 3, do mesmo normativo a decisão arbitral à qual falte por absoluto a motivação.

Ou seja, mesmo que a motivação do tribunal arbitral na decisão seja deficiente, medíocre ou errada mas ainda assim seja compreensível, então a decisão não poderá ser impugnada por via da acção de anulação mas simplesmente por via de recurso (o qual estava excluído por vontade das partes no caso em apreço)²⁷.

Por último e em jeito de apreciação global, ainda que não se concorde integralmente com a fundamentação acolhida no Acórdão em aná-

²⁶ É também a estrangeira, para casos semelhantes, veja-se, por todos, Poudret / Besson em "Comparative Law of International Arbitration", cit. pág. 771.

²⁷ É de considerar que, nos casos em que se verifique uma contradição entre os fundamentos e a decisão, tal só poderá ser impugnada por via de recurso, se admissível, e não por via da acção de anulação, por tal não caber em nenhuma das situações previstas no art. 27.º da LAV.

lise – nomeadamente quanto à questão da violação da ordem pública – é de aplaudir a atitude das instâncias e do Supremo em rejeitar a acção de anulação em causa pois salta à vista que aquilo que a recorrente pretendia efectivamente era uma revisão da decisão de mérito, a qual não era possível obter em virtude de as partes terem renunciado voluntariamente aos recursos.

12. No Acórdão da Relação do Porto de 18 de Junho de 2008 (relator-Desemb. RODRIGUES PIRES)²⁸, apreciou-se um recurso de apelação interposto da sentença de um tribunal de primeira instância que julgara improcedente uma acção de anulação de sentença.

Os fundamentos da acção de anulação eram os seguintes: deficiente fixação do objecto arbitral que acarretaria a nulidade da constituição e decisão do tribunal arbitral; não integração da matéria reconvenicional no objecto do litígio; falta de fundamentação da decisão e contradição entre a matéria dada como provada e os elementos de prova e entre aquela e o decidido.

A acção arbitral fora instaurada com base numa cláusula compromissória constante de um contrato denominado de “prestação de serviços de fundações e estruturas de betão” celebrado entre autora e rés. Segundo foi alegado, só tinham participado na fixação do objecto do litígio a autora e a primeira ré, pretendendo ambas que o objecto do litígio se consubstanciasse unicamente na questão de saber se o pagamento das facturas enviadas à autora pela primeira ré era ou não devido.

No saneador da acção de anulação, foi esta julgada totalmente improcedente, absolvendo as rés do pedido e a autora do pedido de condenação como litigante de má fé.

A Relação do Porto, no referido acórdão, confirmou integralmente o decidido pela primeira instância, julgando improcedente a apelação.

Quanto ao objecto do litígio, entendeu que resultava da troca de correspondência entre a autora e a primeira ré que estava em causa não só o pagamento das facturas enviadas pela primeira e devolvidas pela segunda mas também a questão do pagamento das multas contratuais pelo empreiteiro. Por tal circunstância, improcedia o fundamento da

²⁸ Proc. n.º 0726831 in www.dgsi.pt/jurp.

nulidade ou irregularidade de constituição do tribunal arbitral no seio da Associação Comercial do Porto (arbitragem institucionalizada). Por outro lado, a circunstância de a correspondência ser trocada apenas entre a autora e a primeira ré resultava de uma estipulação contratual que previa que as notificações às sociedades aqui rés eram feitas na pessoa da primeira. Independentemente destas circunstâncias, os n.ºs 1 e 3 do artigo 11.º da LAV prevêm que a parte requerente deve precisar o objecto do litígio, sem prejuízo da ampliação pela parte contrária. Idêntica solução decorre igualmente dos arts. 12.º, n.º 3, e 15.º, n.º 2, do Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial do Porto. Daí que improcedesse o primeiro fundamento da anulação do litígio.

Quanto à questão da insusceptibilidade de dedução por reconvenção do pedido de condenação em multas contratuais – a autora sustentava que só podiam as demandadas suscitar tal questão por via de excepção (excepção material de compensação) – a Relação do Porto lembrou que as normas regulamentares da instituição de arbitragem escolhida pelas partes previam a dedução de reconvenção e que, por outro lado, a autora, na acção arbitral, contestara o pedido reconvenicional, não mostrando ter dúvidas sobre o objecto do litígio quanto a esse pedido.

Por último, aborda o Acórdão em análise a alegação da autora apelante de que ocorria *in casu* uma contradição absoluta entre os meios de prova e a fundamentação e entre esta e a respectiva decisão:

“Ora, no presente caso, o vício que a autora/recorrente alega existir na decisão arbitral é a da contradição entre os fundamentos e a decisão – art. 668.º, n.º 1, al. c) do Cód. de Proc. Civil – o qual se relaciona com a fundamentação, mas não pode de modo algum confundir-se com a sua falta [...]”

Mais adiante escreve a mesma autora [Paula Costa e Silva] (ob. cit., pág. 939) [“Anulação e Recurso da Decisão Arbitral”], reportando-se a hipótese semelhante à dos autos, «nos casos em que se verifica uma contradição entre os fundamentos e a decisão não nos parece caber acção de anulação. Se bem que nestas hipóteses se possa considerar que a fundamentação não preenche nenhuma das suas finalidades ou funções, certo é que a Lei n.º 31/86, ao contrário daquilo que estabelece o Código de Processo Civil no seu art. 668.º, n.º 1, al. c), não previu expressamente esta causa de nulidade. Deste modo, e apesar de existir uma contradi-

ção lógica insanável na sentença, deve esta contradição ser ultrapassada através do recurso da decisão arbitral».

Só que no presente caso não poderá haver lugar a recurso, porque as partes a ele renunciaram e o vício alegado pela autora, contendo apenas com a deficiência da fundamentação – contradição entre os fundamentos e a decisão – não implica a nulidade da decisão arbitral e, por isso, não poderá servir de causa de pedir à acção de anulação prevista nos arts. 27.º e 28.º da Lei n.º 31/86».

A decisão referida não merece qualquer reparo, revelando a posição da autora e apelante a tentativa de, por via ínvia, conseguir uma reapreciação do mérito da sentença arbitral, não obstante haver renunciado aos recursos ordinários a interpor desta decisão.²⁹

²⁹ Encontraram-se ainda outras decisões de tribunais superiores que conheceram de recursos interpostos de sentenças arbitrais, em que não foram suscitados quaisquer questões atinentes à convenção de arbitragem ou ao processo arbitral. É paradigmático o caso do Acórdão da Relação de Lisboa de 29 de Abril de 2008 (relator-Desemb. Afonso Henrique; Proc. n.º 7431/2007-1, in www.dgsi.jtrf). O mesmo se diga de um recurso apreciado pela Relação de Lisboa, interposto numa acção de anulação de sentença arbitral (relator-Desemb. Rijo Pereira; Proc. n.º 5705/2007-1, in www.dgsi.jtrf). Sobre uma execução em que o título executivo era uma sentença arbitral proferida segundo a equidade, com trato sucessivo, veja-se o Acórdão do Supremo de 12 de Fevereiro de 2008 (relator – Cons. Mário Cruz; Proc. n.º 07A2989, in www.dgsi.jstj).

No Acórdão da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2008 (relator-Desemb José Feteira; Proc. n.º 4827/2008-4, in www.dgsi.jtrf) julgou-se que os tribunais de trabalho carecem de competência em razão da matéria, para conhecer do pedido de anulação de decisão proferida pela Comissão Arbitral Paritária constituída no âmbito do Contrato Colectivo de Trabalho celebrado entre a Liga Portuguesa de Futebol e o Sindicato dos Jogadores Profissionais de Futebol. A competência em razão da matéria constava do art. 85.º da Lei n.º 3/99, de 9 de Janeiro (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais), não se prevendo aí a competência para conhecer de anulação de sentenças arbitrais proferidas em matéria laboral desportiva. No mesmo sentido se tinha já pronunciado a Relação do Porto, em acórdão de 12 de Junho de 2000 (na *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXV, 2000, III, pág. 253). Daí o entendimento de que eram os tribunais cíveis comuns a ter tal competência (art. 66.º do Código de Processo Civil).

D) Recorribilidade para o Tribunal Constitucional de Decisões Arbitrais

13. O Tribunal Constitucional proferiu o Acórdão n.º 316/2008 (relator – Cons. PAMELONA DE OLIVEIRA)³⁰, em que apreciou uma reclamação interposta de uma decisão da Comissão de Arbitragem da Federação Portuguesa de Futebol que não admitiu um recurso de constitucionalidade interposto por um clube de futebol com o fundamento de que, julgando os árbitros sem recurso e segundo a equidade (art. 14.º, n.º 2, do Regulamento do Estatuto de Inscrição e Transferência de Jogadores), não podia interpor-se recurso da sentença arbitral para o Tribunal Constitucional.

No parecer do Ministério Público junto do Tribunal Constitucional, sustentou-se que era improcedente a circunstância invocada pela Comissão para não admitir o recurso, cabendo recurso de constitucionalidade das decisões de tribunais arbitrais, desde que observados os requisitos legais, o que no caso não se verificaria. Para além disso, o Ministério Público sustentou que as Comissões Arbitrais instituídas no âmbito da Federação Portuguesa de Futebol não respeitavam os princípios de independência dos árbitros, sendo o presidente dessas Comissões nomeado pelo próprio Presidente da Federação de Futebol. Invocou o precedente do Acórdão n.º 52/92 do Tribunal Constitucional³¹.

O Tribunal Constitucional não deferiu a reclamação em virtude de o respectivo requerimento de interposição não observar as exigências legais, nomeadamente não se indicando as normas objecto de recurso. Implicitamente reafirmou a doutrina tradicional de que podem ser interpostos recursos de constitucionalidade de decisões proferidas por tribunais arbitrais, necessários ou voluntários.³²

³⁰ In <http://www.tribunalconstitucional.pt/acordaos>.

³¹ Publicado in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 21.º, págs. 51 e segs.

³² Em 1986, o Tribunal Constitucional admitiu, numa reclamação por não admissão de um recurso de constitucionalidade, a possibilidade de tal recurso com a consequente fiscalização de constitucionalidade de normas constantes de um regulamento de arbitragem – Acórdão n.º 150/86 (relator-Cons. Luís Nunes de Almeida) in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 7.º vol., tomo I, págs. 287 e segs.

Daí o interesse deste Acórdão, sendo certo que os recursos de constitucionalidade são irrenunciáveis (art. 73.º da Lei do Tribunal Constitucional).

E) Conclusão

14. De um modo geral – e com excepção de um acórdão da Relação de Lisboa sobre poderes dos tribunais judiciais face ao princípio da competência da competência – as espécies analisadas mostram uma atitude correcta dos tribunais judiciais face à arbitragem voluntária, sendo vários os exemplos de decisões que impedem a parte vencida e recalcitrante de obter a anulação de decisões arbitrais inteiramente regulares.

Afigura-se que o recurso à arbitragem começa a ser bastante utilizado na prática comercial, constituindo as sentenças arbitrais para os juristas um campo de observação privilegiado da realidade social e um objecto de estudo sobre a aplicação da LAV em Portugal, quer pelos tribunais arbitrais, quer pelos tribunais estaduais.

Veja-se igualmente o Acórdão n.º 181/2007 (relator-Cons. P. Mota Pinto), in *ACTC*, 68.º vol., págs. 309 e segs., onde este Tribunal conheceu do mérito de um recurso interposto da decisão da Comissão Arbitral da Liga Portuguesa de Futebol Profissional.

António Vieira da Silva

Secretário-Geral do Centro de Arbitragem Comercial

III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)

I. Breves notas sobre o Congresso

Realizou-se em 16 e 17 de Julho de 2009 o III Congresso do Centro de Arbitragem Comercial.

A realização deste evento decorre da política definida pelo Centro em 2007 de, anualmente, levar a cabo a realização de um congresso, tendo em vista a difusão da ideia da arbitragem e que possa constituir um *forum* de discussão de questões ligadas à arbitragem, com especial ênfase da arbitragem de natureza económica e comercial.

Associada à realização do congresso anual, é entendimento do Centro que é necessário que fique memória das comunicações que, em cada um deles, tenha lugar. Optou-se, por isso, pela publicação dessas comunicações em forma de livro, cuja edição e comercialização ficou a cargo da Editora Almedina. A distribuição do livro e o começo da sua comercialização tem lugar no congresso seguinte, tendo sido distribuído neste III Congresso a obra respeitante ao II Congresso.

Outra nota que cumpre realçar é da preocupação do Centro em instituir formas de cooperação e de harmonização em matéria de arbitragem e de meios alternativos de resolução de litígios entre países lusófonos. Por isso – e este projecto foi iniciado no II Congresso –, foram abordados, quer por oradores portugueses quer por oradores oriundos de outros países lusófonos, temas de especial relevância neste contexto.

Sublinhe-se ainda que, concretizando esta ideia de estreito relacionamento com instituições de arbitragem desses países, o Centro de

Arbitragem Comercial celebrou um protocolo de cooperação, outorgado em pleno Congresso, com o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, com sede em São Paulo, um dos mais prestigiados Centros de Arbitragem do Brasil. Como foi na ocasião salientado pelo Presidente do Centro de Arbitragem Comercial, Dr. Rui Chancerelle de Machete, pretende-se que a celebração deste protocolo seja o começo de uma cooperação entre instituições de arbitragem dos países lusófonos; e pretende-se, também, que, oportunamente, este protocolo passe a integrar outras instituições de arbitragem de outros países de língua oficial portuguesa.

2. O programa do Congresso

1.º DIA – 16 DE JULHO

Sessão de abertura

– Discurso de boas vindas

Bruno Bobone

Presidente da Associação Comercial de Lisboa

– Discurso de abertura do Congresso; desenvolvimentos recentes da arbitragem em Portugal e actividades do Centro de Arbitragem Comercial

Rui Chancerelle de Machete

Presidente do Centro de Arbitragem Comercial

– Desenvolvimentos recentes da arbitragem no Brasil e actividades do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil – Canadá

Frederico José Straube

Presidente do Centro de Arbitragem da CCBC

– Desenvolvimentos recentes da arbitragem em Moçambique e actividades do Centro de Arbitragem, Mediação e Conciliação de Moçambique

Jafer Gulamo Jafar

Vice-Presidente do Centro de Arbitragem, Mediação e Conciliação de Moçambique

1.º Painel

Moderador: *Manuel Lopes Porto*

Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

– Independência e Imparcialidade do Árbitro

Selma Ferreira Lemes

Advogada, Mestre e Doutora pela Universidade de São Paulo/USP

Coordenadora e Professora do Curso de Arbitragem da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – GVLAW/FHV

Membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem Brasileira

– O Estatuto Deontológico do Árbitro: Passado, Presente e Futuro

Agostinho Pereira de Miranda

Advogado

2.º Painel

Moderador: *Miguel Teixeira de Sousa*

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

– Instrumentos de Resolução Extra-Judicial de Litígios nos Países Lusófonos: Cooperação e Harmonização

Luís Sáragga Leal

Advogado

– Reconhecimento e Execução de Decisões Arbitrais Estrangeiras nos Países Lusófonos

Mariana França Gouveia

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

– Decisão Arbitral: Questões Suscitadas pela Condenação em Pedidos Genéricos

Luís Cortes Martins

Advogado

3.º Painel

Moderador: *Rui Pinto Duarte*

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

– **Constituição do Tribunal Arbitral em Arbitragem Multipartes**

Miguel Pinto Cardoso

Advogado

– **Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos**

Rui Chancerelle de Machete

Presidente do Centro de Arbitragem Comercial

– **Flexibilização do Procedimento Arbitral**

Carlos Alberto Carmona

Advogado, Marques Rosado, Toledo César & Carmona Advogados, São Paulo

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem Brasileira

2.º DIA – 17 DE JULHO

4.º Painel

Moderador: *Rui Medeiros*

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica

– **Intervenção de terceiros (signatários e não signatários da convenção) no processo arbitral**

José Lebre de Freitas

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

– **Recurso para o Tribunal Constitucional das Decisões dos Tribunais Arbitrais**

Miguel Galvão Teles

Advogado

– **Apensação de Processos Arbitrais**

José Ricardo Feris

Conselheiro da Secretaria do Tribunal Internacional de Arbitragem da CCI

SESSÃO DE ENCERRAMENTO

– **Desenvolvimento Económico e Justiça Arbitral**

João Salgueiro

Economista

Nuno Andrade Pissarra

Advogado

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

**Recensão a Emmanuel Gaillard,
“Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage
international”, *Recueil des cours de l’Académie
de Droit International de La Haye*,
tomo 329, 2007, pp. 49 a 216**

1. Foi publicado em 2008, no tomo 329 da *Recueil des cours*, o curso leccionado no Verão de 2007 pelo Prof. Emmanuel Gaillard, na Academia de Direito Internacional da Haia, intitulado “Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international” (Aspectos Filosóficos do Direito da Arbitragem Internacional). O curso foi igualmente publicado, em 2008, no primeiro volume dos *Livres de poche de l’Académie de droit international de La Haye*, editado pela Martinus Nijhoff Publishers¹.

Neste curso, o Prof. Emmanuel Gaillard retoma e desenvolve a reflexão que fizera em 2006 por ocasião do 6º Congresso do Comité Brasileiro de Arbitragem, publicada no *Journal du Droit International* sob o título “Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l’arbitrage international”².

À boa maneira francesa, o curso está dividido em dois capítulos, antecedidos de introdução e seguidos de breve conclusão.

¹ As páginas citadas no texto referem-se a esta edição.

² *Journal du Droit International*, n.º 4, 2007, pp. 1163 a 1173.

2. Na Introdução, o Autor começa por citar estudos clássicos sobre as relações entre o Direito Internacional Privado e a Filosofia do Direito. Lembra a monografia *Aspects philosophiques du droit international privé* de Henri Batiffol³ e o artigo de Ph. Francescakis intitulado "Droit naturel et Droit international privé"⁴.

Quanto ao tema das relações entre a Filosofia do Direito e o Direito da Arbitragem, sublinha que são poucos os estudos que o têm por objecto, excepção feita para os dedicados ao debate que se desenvolveu, e continua a desenvolver, em torno da natureza da *lex mercatoria* e para monografias como a *Théorie de l'arbitrage* de Bruno Oppetit⁵.

Porém, afirma o Autor, o Direito da Arbitragem presta-se a uma reflexão de Filosofia do Direito. Do seu núcleo fazem parte os conceitos de vontade e liberdade: a liberdade das partes de afastarem os tribunais estaduais e de escolherem o juiz, as regras processuais e o direito aplicável ao mérito e a liberdade dos árbitros de decidirem sobre a sua competência, de organizarem o processo e de escolherem a lei aplicável ao mérito colocam questões de legitimidade; a circunstância de os árbitros decidirem com base na vontade das partes põe o problema da fonte dos seus poderes e da obrigatoriedade da decisão deles resultante. Ora, a questão das fontes – ou da fonte, *norma fundamental* (Kelsen) ou *regra de reconhecimento* (Hart) – é uma das mais debatidas da Filosofia do Direito.

Por detrás das soluções concretamente defendidas para os problemas da arbitragem estão, pois, opções de Filosofia do Direito. O objecto do seu curso, afirma o Prof. Emmanuel Gaillard, consiste precisamente em estudar a arbitragem internacional do ponto de vista das *representações mentais* que a fundam e das consequências de direito positivo que delas emergem. Ainda que os estudos de direito positivo da arbitragem as remetam para segundo plano, são elas que verdadeiramente ditam as soluções que vão sendo concretamente praticadas. A sua importância é, nas palavras do Autor, "crucial".

³ *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.

⁴ "Droit naturel et Droit international privé", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, tomo I, Paris, Dalloz, 1960, pp. 113 a 152.

⁵ *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998.

3. No Capítulo I, o Prof. Emmanuel Gaillard identifica e caracteriza, em exercício de história do pensamento jurídico da arbitragem, as *representações estruturantes* da arbitragem internacional. Não lhe interessam todas e quaisquer umas, mas apenas as que são capazes de explicar, globalmente, o *fenómeno arbitral*, isto é, de responder a todas as questões relativas ao poder dos árbitros, ao processo arbitral ou à sorte da sentença arbitral.

O Capítulo I está dividido em três secções, tantas quantas as *representações* da arbitragem internacional identificadas.

4. A primeira *representação*, objecto da Secção A, é a que reduz a arbitragem a uma *componente* de uma única ordem jurídica estadual, a do lugar da arbitragem. A fonte da juridicidade da sentença e dos poderes do árbitro encontra-se, exclusivamente, no direito do Estado em cujo território a arbitragem tem lugar. O árbitro é um órgão da ordem jurídica desse Estado, que funciona como Estado do foro.

A esta concepção chama o Autor de "monolocalizadora". No seu seio seria possível identificar uma corrente objectivista e uma corrente subjectivista. Para aquela, o árbitro integra, a par dos juizes, uma das jurisdições estaduais, todas fundadas na soberania estadual. Para esta, a relevância do Estado do lugar da arbitragem funda-se na vontade das partes, ou, na sua falta, dos árbitros, de que nele se desenrole a arbitragem. A escolha do território de um Estado para servir de sede à arbitragem levaria implícita a vontade de sujeição à soberania desse Estado.

Esta *representação*, da qual o Autor se demarca, assentaria num positivismo estadual, associado a preocupações de harmonia jurídica internacional (daí a preferência pela lei da sede da arbitragem).

5. A segunda *representação*, objecto da Secção B, é a que tem por fonte da juridicidade da sentença não numa única ordem jurídica estadual, qual seja a do lugar da arbitragem, mas o conjunto das ordens jurídicas em contacto com a causa. O Estado do lugar da arbitragem é apenas um entre aqueles em que a questão da eficácia da sentença se pode vir a colocar, todos eles com igual vocação de princípio para se fazerem ouvir sobre a validade da sentença. Os árbitros não têm um foro, ou o seu foro é o mundo.

A esta concepção chama o Autor de "plurilocalizadora" e fundar-se-ia, igualmente, num positivismo estadual. Só que, diferentemente da anterior, o positivismo não aparece aqui referido a um único Estado, mas a todos os interessados, cada um possuindo igual direito a pronunciar-se sobre a validade da convenção e da sentença. O modelo é, deste ponto de vista, *vestefaliano*. O Autor sustenta, porém, que o Estado do lugar da execução está em melhor posição do que o do lugar da arbitragem para fazer valer as suas concepções.

Segundo o Prof. Emmanuel Gaillard, a Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 reflecte esta *representação e rompe claramente* com a ideia, presente na Convenção de Genebra de 26 de Setembro de 1927, de que a ordem jurídica do lugar da arbitragem é a fonte exclusiva da juridicidade da sentença arbitral.

O Autor afasta-se, igualmente, desta segunda *representação*.

6. Na Secção C do Capítulo I, o Prof. Emmanuel Gaillard desenvolve a terceira *representação*, segundo a qual a juridicidade da arbitragem repousa não sobre uma ordem jurídica estadual, seja ela a do lugar da arbitragem ou a do lugar da execução, mas sobre uma ordem jurídica terceira, a *ordem jurídica arbitral*.

Explica o Autor que a *representação* que vê na ordem jurídica da sede da arbitragem a fonte exclusiva dos poderes dos árbitros e da validade da sentença arbitral é incompreensivelmente redutora (outras ordens jurídicas, como as dos lugares de execução da sentença, reclamam igual ou superior título de aplicação) e anacrónica (as transacções internacionais são cada vez maiores). Daí ter-se assistido a uma evolução da visão "monolocalizadora" da arbitragem para uma visão "plurilocalizadora". Esta, porém, não sendo suficiente, tem dado lugar a uma *representação transnacional* da arbitragem, que não encara cada Estado isoladamente, mas antes como parte integrante de uma comunidade. "É na passagem do plural para o colectivo que reside a oposição entre a segunda e a terceira *representações* da arbitragem" (p. 63).

Quanto às concepções filosóficas subjacentes a esta *representação*, o Autor começa por referir o jusnaturalismo. A ideia de uma ordem jurídica arbitral – diz – concebe-se facilmente se se adoptar uma perspectiva jusnaturalista, que a legitime por recurso à natureza das coisas ou da sociedade (*societas mercatorum*). Segundo este entendimento, o árbi-

tro aplica regras morais ou um direito natural do comércio internacional fundado na equidade e na razão. Mas é possível (e preferível, segundo Emmanuel Gaillard) sustentar-se a existência de uma ordem jurídica arbitral sendo-se positivista, se se adoptar uma perspectiva *positivista transnacional*. Por contraposição à visão jusnaturalista da ordem jurídica arbitral, que seria *anacional*, a positivista seria *transnacional* e assentaria em três traços distintivos: a) o direito comum da arbitragem forma-se a partir da multiplicidade das ordens jurídicas dos Estados, consideradas global e colectivamente; b) não é indispensável o acordo unânime de todos os Estados para que regras transnacionais se revelem, bastando o reconhecimento da maioria; c) o método das regras transnacionais assenta na *dinâmica* das ordens jurídicas nacionais, o que permite identificar as normas que seguem a tendência geral em detrimento das que dela ainda divergem.

Ainda dentro desta Secção, esforça-se o Prof. Emmanuel Gaillard por demonstrar que a ordem jurídica arbitral constitui uma *verdadeira ordem jurídica autónoma* e como tal tem sido encarada cada vez mais por árbitros e ordenamentos jurídicos estaduais.

Com efeito, é frequente em arbitragens internacionais recorrer-se a *regras transnacionais*, encontradas a partir da comparação sistemática de direitos. Tais regras, diz o Autor, enformam um *sistema jurídico* e, mais, uma autêntica *ordem jurídica autónoma*, situada ao lado das ordens jurídicas estaduais: articulam-se sistematicamente em função da sua generalidade e especialidade ou excepcionalidade, têm vocação para resolver a generalidade dos problemas – e até com previsibilidade superior à conseguida pelo clássico método conflitual – e são aptas a "responder à interrogação fundamental relativa às suas fontes e às suas relações com as outras ordens jurídicas" (p. 91). "A *representação* – afirma o Prof. Emmanuel Gaillard em passagem que se impõe transcrever – que aceita a existência de uma ordem jurídica arbitral concebe-a como emanando dos Estados, da mesma maneira que, em certa concepção do Direito Internacional, a ordem jurídica internacional procede da vontade dos Estados, o que não a impede de ser concebida como uma ordem jurídica autónoma. No domínio das relações comerciais internacionais, é a convergência das ordens jurídicas estaduais que, pela aceitação que manifesta do fenómeno arbitral, legitima a sua existência. Ao aceitar confiar aos árbitros [...] o poder de julgar os litígios do comér-

cio internacional e reconhecer o produto do processo arbitral, que é a sentença, sem o controlar quanto ao mérito, a comunidade dos Estados conferiu à arbitragem internacional uma real autonomia. O estatuto de "juiz internacional" que certas jurisdições, de entre as mais progressistas na matéria, reconhecem ao árbitro constitui a melhor ilustração da circunstância de que ele pode hoje ser considerado como órgão de uma ordem jurídica própria" (pp. 91 e 92).

A prova provada de que a ordem jurídica arbitral se constitui em ordem jurídica autónoma está em que assim tem sido entendida, progressivamente, pelos ordenamentos jurídicos estaduais, já porque é significativa a jurisprudência a negar que a sentença arbitral esteja *integrada* na ordem jurídica do Estado da sede da arbitragem, já porque várias leis recentes permitem a renúncia ao direito de pedir a anulação da sentença arbitral perante os tribunais do Estado do lugar da arbitragem.

7. O Prof. Emmanuel Gaillard não se limita a enunciar as *representações* da arbitragem. No interessantíssimo Capítulo II trata, recorrendo a muitos exemplos mais ou menos recentes, das suas consequências práticas em três planos: o dos poderes dos árbitros para julgarem; o da decisão arbitral; o da sorte reservada à sentença.

8. A matéria da influência das *representações* sobre o poder de julgar dos árbitros, objecto da Secção A do Capítulo II, é analisada pelo Autor por recurso a dois casos paradigmáticos: o das *anti-suit injunctions* e o da litispendência entre jurisdições estaduais e arbitrais.

No que toca às primeiras, distingue entre as providências decretadas pelos tribunais de outros Estados que não o da sede da arbitragem e as providências decretadas pelos tribunais do lugar da arbitragem. Consoante se defenda uma *representação* "monolocalizadora" ou uma concepção transnacional da arbitragem, assim será diferente a reacção do árbitro à providência decretada noutro Estado: um árbitro que se equipare aos juízes do Estado da sede da arbitragem recorrerá às normas de conflitos do foro, que bem podem remeter para o direito do Estado com base no qual foi proferida a *injunction* e, assim, conduzir ao seu reconhecimento, ao passo que um árbitro que se julgue órgão de uma ordem jurídica arbitral tenderá a negar eficácia à providência, se contrariar regras transnacionais. Quanto às providências decretadas pelos tribunais do Estado em

cujo território decorre a arbitragem, um árbitro que se defina como um órgão desse Estado não tem outro remédio que não seja o de acatar a providência. Mas já um árbitro que se oriente pela concepção *vestefaliana* da arbitragem ou, muito mais nitidamente, um árbitro que sustente a existência de uma ordem jurídica arbitral autónoma há-de decidir independentemente das determinações contidas na providência.

O problema da litispendência entre jurisdições estaduais e tribunais arbitrais é, igualmente, susceptível de merecer soluções distintas consoante a *representação* da arbitragem adoptada. De harmonia com a visão "monolocalizadora", se o árbitro se equipara ao juiz estadual, a litispendência tem de relevar. Ao invés, nos modelos *vestefaliano* e da ordem jurídica arbitral, a litispendência não faz sentido, naquele por força da igualdade de soberanias, neste por força do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*.

9. A Secção B do Capítulo II, na qual o Prof. Emmanuel Gaillard analisa a medida em que as diferentes *representações* da arbitragem influenciam a decisão arbitral, está dividida em dois números: um relativo à incidência das *representações* sobre o regime processual da arbitragem e o direito aplicável ao mérito; outro relativo à incidência sobre os limites à liberdade das partes de escolha do direito aplicável ao mérito.

No que toca às regras processuais da arbitragem, o Autor reconhece, após breve exame das principais fontes de regras arbitrais (as mais antigas manifestação clara da concepção "monolocalizadora"), que, actualmente, impera, tanto nos direitos estaduais como no direito supra-estadual, a regra da liberdade de escolha pelas partes ou pelos árbitros. Tal conclusão leva-o a perguntar se, face a tão ímpar unanimidade de vistas, não terá perdido interesse a questão da influência da adopção de uma ou outra *representação* em matéria de processo arbitral. Responde negativamente, porque há Estados menos liberais do que outros em matéria de arbitragem e um Estado liberal pode deixar de o ser ou passar a sê-lo em menor grau. De resto, a concepção que se tenha da arbitragem internacional pode influenciar sempre a escolha das concretas regras processuais (internas, do Estado da sede da arbitragem ou outro, ou transnacionais) a que os árbitros tenham de recorrer na condução do processo.

Também quanto ao direito aplicável ao mérito da causa, o estudo do Prof. Emmanuel Gaillard o leva a concluir que se verifica, nas legis-

lações nacionais modernas e nos principais regulamentos de arbitragem, um claro abandono da concepção "monolocalizadora" em benefício da que reconhece às partes e, subsidiariamente, aos árbitros o poder de escolherem o direito aplicável ao fundo da questão. Mas, à semelhança do que sucede em matéria de processo, continua a ter interesse traçar as consequências da opção por uma das *representações* da arbitragem, não só para os casos em que a arbitragem se desenrola num Estado menos liberal, como para efeitos de determinação do alcance da liberdade reconhecida aos árbitros no que toca à escolha do direito, sempre que as partes a não tenham feito. Enquanto um árbitro que se equipare a um juiz estadual (*representação* "monolocalizadora") tende a seleccionar o direito aplicável por recurso ao direito de conflitos do Estado da sede da arbitragem, um árbitro *vestefaliano* tenderá a encontrar a regra de conflitos que, com base nos diversos direitos conflituais susceptíveis de relevo, lhe parecer mais apropriada e um árbitro que conceba a arbitragem com autonomia relativamente às ordens jurídicas nacionais procurará aplicar regras de conflitos ou materiais transnacionais.

No segundo número desta Secção B, ocupa-se o Prof. Emmanuel Gaillard da influência das *representações* da arbitragem sobre os limites à liberdade de escolha pelas partes do direito aplicável ao mérito. Tem em mente a ordem pública internacional e as normas de aplicação imediata, do foro e estrangeiras. A questão é a seguinte: a que título tem o juiz privado que é o árbitro, cujos poderes derivam da vontade das partes, o direito de afastar a lei por elas escolhida em favor de uma outra? A resposta, diz o Autor, varia em conformidade com a *representação* que se tenha.

De harmonia com a primeira *representação*, *centralizadora*, o árbitro deverá conhecer dos limites à escolha nos mesmos termos que o juiz do Estado da sede da arbitragem: a ordem pública internacional é a do Estado da sede, as normas de aplicação imediata desse Estado são tratadas como *lois de police* do foro e as de outros Estados como estrangeiras.

Para aqueles que se revejam no modelo *vestefaliano*, não é só a ordem jurídica da sede da arbitragem que interessa. Certos autores partidários desta *representação* defendem, em homenagem à ideia de eficácia plena da sentença, a tese de que a sentença arbitral deve respeitar cumulativamente os princípios de ordem pública e as normas imperativas do Estado da sede da arbitragem e de todos os Estados em cujo território ela

possa vir a ser executada e mesmo de alguns Estados *terceiros*. Outros autores *vestefalianos* sustentam que os árbitros devem aplicar as *lois de police* dos Estados que tenham uma conexão com a causa, não mecanicamente, mas somente se considerarem que, à luz das exigências da comunidade internacional, a sua aplicação é *legítima* quanto aos fins, meios e resultado.

A terceira *representação* resolve a questão dos limites à vontade das partes por recurso ao conceito de ordem pública transnacional ou de ordem pública realmente internacional. É a concepção adoptada pelo Prof. Emmanuel Gaillard, que rejeita as duas *representações* anteriores e cita vária doutrina e jurisprudência arbitral a seu favor. Há certas normas que, por corresponderem a valores fundamentais da comunidade internacional, devem ser imperativamente aplicadas pelos árbitros, mesmo com prevalência sobre a lei escolhida pelas partes para reger a causa. Trata-se de regras *geralmente* (e nem sempre unanimemente) aceites pela comunidade internacional e identificadas a partir dos diversos direitos nacionais e das regras internacionais relevantes, como tratados, resoluções de organizações internacionais e codificações privadas. Exemplos dessas regras são as que combatem a corrupção, o tráfico de estupefacientes e de órgãos humanos, as que promovem a paz e a segurança internacional e as que protegem o contraente mais fraco. Este "método da ordem pública internacional" é preferível aos anteriores ("método das *lois de police*"), porque só ele "confere ao árbitro um guia preciso da sua acção" (p. 182). E não é justo apontar-se-lhe que é vago, precisamente porque se trata de um *método* e não de uma *lista* (de normas).

10. Na Secção C do Capítulo II é estudada, com recurso a vários exemplos tirados da jurisprudência de alguns Estados, a influência das *representações* da arbitragem sobre a eficácia da sentença arbitral no país da sua execução. As questões que o Prof. Emmanuel Gaillard formula são as seguintes: no caso de uma sentença arbitral ser anulada por um tribunal do Estado da sede da arbitragem, em que medida as *representações* da arbitragem podem influenciar a sua execução noutro Estado? E se, em vez de a sentença ter sido anulada, a sua anulação tiver sido recusada?

Para a *representação* "monolocalizadora", tendo a sentença sido anulada pelas jurisdições estaduais da sede da arbitragem, a sua execução noutro Estado é impossível, já que a sua juridicidade se funda na

ordem jurídica do Estado da sede. Se, ao invés, tiver sido recusada a sua anulação ou a anulação não tiver sido pedida (podendo-o ser), então a sua execução torna-se em princípio obrigatória. Para a *representação* "plurilocalizadora" e para a concepção da ordem jurídica arbitral, a anulação, ou não, da sentença pelos tribunais do Estado da sede da arbitragem não interfere com a sua execução noutro Estado. Para aquela primeira *representação* porque cada Estado é livre de definir, segundo as suas próprias concepções, o que é uma convenção de arbitragem válida e uma sentença eficaz. Para esta segunda porque a sentença vem de um árbitro que exerce um poder *autónomo* da ordem jurídica da sede e funda a sua juridicidade exclusivamente na ordem jurídica arbitral.

II. Em conclusão, o curso do Prof. Emmanuel Gaillard é uma obra notável, claríssima e muito simples de ler.

É sintética, mas muito bem informada.

Porque é essencial para a compreensão do Direito da Arbitragem Internacional, merece a atenção de quem o estuda ou pratica, bem como dos leitores desta *Revista*.