

**REVISTA INTERNACIONAL DE
ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO**
Ano 2011

Director

Dário Moura Vicente

Sub-director

Aminão Ribeiro Mendes

Director Adjunto

António Vieira da Silva

Sede de Redacção

Associação Portuguesa de Arbitragem

Rua de Santa Bárbara, 46 - 5º

1169-015 Lisboa

apa@arbitragem.pt

Proprietário

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

Rua Fernandes Tomás, 76-80

3000-167 Coimbra

www.almedina.net

editora@almedina.net

Data

Dezembro 2011

Depósito Legal 292271/09

Tiragem

500 exemplares

N.º de registo na ERC

125619

REVISTA
INTERNACIONAL
DE
ARBITRAGEM
E
CONCILIAÇÃO

ANO IV - 2011

DOUTRINA

VIDA INSTITUCIONAL

LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E DOCUMENTAÇÃO

NOTÍCIAS, CRÓNICAS E RECENSÕES

ÍNDICE

DOCTRINA

A arbitragem de litígios societários António Sampaio Caracelo	7
State Participation in International Arbitration Bernardo M. Cremades	65
Arbitragem petrolífera Dário Moura Vicente	85
Arbitragens complexas: questões materiais e processuais Jorge Morais de Carvalho e Mariana Gouveia	111
O princípio do contraditório na nomeação de árbitro pelo presidente do Tribunal da Relação José Lebre de Freitas	163

VIDA INSTITUCIONAL

Sumário das actividades desenvolvidas pela Associação Portuguesa de Arbitragem entre Setembro de 2010 e Setembro de 2011 José Robin de Andrade	181
--	-----

LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E DOCUMENTAÇÃO

Regulamento de Arbitragem de 2011 Câmara de Comércio Internacional	189
O Novo Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional Pedro Metello Nápóles	217
Regulamento de Arbitragem de 2010 Comissão das Nações Unidas Para o Direito Comercial Internacional	223
Nota sobre a revisão do Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional em 2010 Armindo Ribeiro Mendes	251

NOTÍCIAS, CRÔNICAS E RECENSÕES

Crónica de jurisprudência portuguesa em 2010. Armindo Ribeiro Mendes e Sofia Ribeiro Mendes.....	259
Recensão a <i>Liber amicorum Bernardo Cremades</i> (M.A. Fernández Ballesteros y D. Arias, orgs., Madrid, La Ley, 2010). Santiago Álvarez González.....	305
Corte Civil y Mercantil de Arbitraje José Robin de Andrade.....	315

Arbitragem de litígios societários

D) Âmbito de análise

1. Propomo-nos, neste artigo, analisar um conjunto de questões suscitadas pela sujeição a arbitragem de litígios relacionados com o funcionamento das sociedades, mais precisamente, os emergentes das relações entre os sócios que são regidas pelo contrato de sociedade (estatutos)¹ e pelas normas legais aplicáveis sociedades, das estabelecidas entre os sócios e a sociedade e das que se criem entre aqueles ou esta e os membros dos seus órgãos de administração ou de fiscalização.

Ficam fora do objecto do nosso estudo as questões atinentes à arbitragem de litígios entre sócios, enquanto partes de acordos parassociais² por eles celebrados, bem como os litígios entre a sociedade e terceiros com que esta se relacione, porque qualquer dessas categorias de litígios

¹ Usaremos aqui a terminologia corrente na doutrina e na prática societária portuguesa em que se utiliza frequentemente o conceito de contrato de sociedade numa acepção ampla que compreende duas áreas: a do *contrato propriamente dito* no qual as partes se identificam e manifestam a intenção de constituir uma sociedade; e a do pacto social ou *estatutos*, em que as partes, normalmente em moldes articulados, disciplinam a nova entidade; *cfr.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – Manual de Direito das Sociedades – vol. 1, 2.ª ed., 2007, Almedina, Coimbra, p. 426.

² Como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – *ob. cit.*, pp. 638-639, “os acordos parassociais são convénios celebrados por sócios de uma sociedade, nessa qualidade; visam, além disso, regular relações societárias. Distinguem-se, em abstracto, do próprio pacto social, uma vez que apenas respeitam aos sócios que os celebram, sem interferir no ente colectivo. E distinguem-se igualmente de quaisquer outros acordos que os sócios possam celebrar entre si por, no seu objecto, respeitarem a relações societárias”. Sobre o conceito de acordos parassociais; *v.* também RAÚL VENTURA – Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas, 1992, Almedina, Coimbra, . pp. 10-12.

não suscita dúvidas quanto à sua arbitrabilidade nem determina especificidades de regime que mereçam especial atenção.

Na verdade, os litígios que surjam entre todos ou alguns membros de um acordo parassocial têm a natureza de vulgares litígios de natureza contratual que, para as arbitragens a que dão lugar, não requerem modelos de regulamentação diferentes dos aplicáveis aos litígios emergentes de outros acordos plurilaterais³.

Por outro lado, os litígios emergentes das relações entre a sociedade e terceiros, quer resultem de contratos quer de actos geradores responsabilidade extra-obrigacional, poderão, se existir convenção de arbitragem que os abranja, ser decididos segundo as regras e trâmites normais aplicáveis a quaisquer arbitragens.

Ao invés, os litígios de nos ocuparemos – doravante designados por “litígios intra-societários” – suscitam, além dos problemas comuns à generalidade dos litígios submetidos a arbitragem, questões que reclamam abordagem e soluções específicas no que concerne, nomeadamente, à verificação da arbitrabilidade do litígio, à definição do âmbito subjectivo e objectivo da convenção de arbitragem, à constituição de tribunal arbitral, à regulamentação do processo, à possibilidade de intervenção de terceiros em arbitragens em curso e ao âmbito da eficácia de caso julgado da sentença arbitral.

2. Não cuidaremos aqui de analisar as vantagens e inconvenientes da arbitragem relativamente a outros métodos de resolução de litígios intra-societários, designadamente o recurso aos tribunais estaduais, à mediação e, especialmente para sociedades com acções cotadas em mercados de

³ Entre os quais avultam as específicas soluções que a constituição do tribunal arbitral requer em arbitragens com pluralidade *real* de partes, tendo em conta o profundo debate que, na sequência do Acórdão proferido pela *Cour de cassation* francesa, em 1992, no caso *Ducto*, se suscitou na doutrina da arbitragem comercial, bem como as alterações que determinou na grande maioria das legislações e regulamentos de arbitragem. Sobre a distinção entre pluralidade *real* e *aparente* de partes nas arbitragens, v., na doutrina portuguesa, MANUEL BOTELHO DA SILVA – *Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias* – Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, 2002, Alameda, Coimbra, pp. 499-538, e António Sampaio Caramelo – *Jurisprudência comentada: questões de arbitragem comercial* – Revista de Direito e Estudos Sociais – Ano XLV, N.º 4 (Outubro-Dezembro – 2004), pp. 307-351.

valores mobiliários, a mecanismos estabelecidos pelas entidades reguladoras respectivas. Esta análise sido empreendida por diversas entidades, merecendo destaque a que a OCDE tem vindo a fazer, desde, pelo menos, 2003, em ordem à identificação dos meios de resolução de litígios mais capazes de conferir efectividade aos bons princípios e práticas de governação das sociedades comerciais (*corporate governance enforcement*)⁴.

Dando como conhecidas as vantagens que, em geral, se reconhece à arbitragem, procuraremos identificar os problemas ou dificuldades que importa solucionar ou superar para se maximizar a sua eficácia no domínio dos litígios intra-societários.

II) Arbitrabilidade dos litígios intra-societários

3. Tendo em conta os principais critérios usados para a determinação das controvérsias que podem ser submetidas a arbitragem⁵, verifica-se que, na generalidade dos ordenamentos jurídicos, a grande maioria dos litígios intra-societários é considerada como arbitrável. Esta asserção vale não só para as ordens jurídicas que adoptam critérios de arbitrabilidade de carácter conceitual, mas também para aquelas que, sem recurso a qualquer desses critérios, se limitam a formular, através de leis ou da jurisprudência dos tribunais, um número maior ou menor de excepções ao princípio geral de livre arbitrabilidade das controvérsias nelas acolhido – como acontece em numerosos países de *common law*, nomeadamente, na Inglaterra e nos E.U.A.

Começando por este último grupo de sistemas jurídicos, constata-se que, em regra, não existem aí categorias de litígios intra-societários cuja sujeição a arbitragem seja vedada pelas respectivas leis ou tribunais, com excepção do caso dos “*derivative claims*”⁶ nos EUA, que, segundo os

⁴ Os diversos documentos que no seio ou sob a égide desta organização intergovernamental têm sido publicados sobre esta temática estão acessíveis no sítio da OCDE na Internet, www.oecd.org.

⁵ Sobre esta matéria, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO – *Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema* – IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções, Alameda, Coimbra, 2011, pp. 13-44.

⁶ Sobre os “*derivative claims*” e as razões da sua inarbitrabilidade, v. BERNARD HANOTIAU – *L'arbitrabilité* – Recueil des Cours de l'Académie de Droit International – The

tribunais da maioria dos estados da União, não são passíveis de decisão por árbitros.

Quanto aos sistemas jurídicos que recorrem a critérios de natureza conceitual para identificar as matérias passíveis de sujeição a arbitragem, pode sobre este tema, muito resumidamente, dizer-se o seguinte.

Nos ordenamentos que adoptam o critério da "ligação com a ordem pública" (por vezes, associado ao "critério de disponibilidade do direito", como acontece no direito francês), a regra é da arbitrabilidade dos diferendos intra-societários. Constituem excepção os litígios em que se vise a declaração de nulidade do contrato de sociedade, que são considerados como inarbitráveis por jurisprudência bem firmada desde meados do século passado, com base na consideração de que essa nulidade tem carácter de ordem pública, o que exclui que possa ser declarada por árbitros. Também os litígios atinentes à deliberação de órgãos sociais que visem alterar a organização da sociedade e a hierarquia dos seus órgãos ou a repartição dos poderes entre eles, são considerados como inarbitráveis pela jurisprudência, apoiada por boa parte da doutrina, com fundamento no facto de tais matérias terem carácter de ordem pública⁷.

É de notar que, nas obras de alguns autores e em numerosas decisões jurisprudenciais, a invocação da "ligação com a ordem pública" para se justificar a exclusão da submissão destes litígios a arbitragem, aparece ligada à afirmação da indisponibilidade dos direitos controvertidos, o que remete para o que referimos a seguir.

Nos direitos que delimitam o âmbito de arbitrabilidade com base no critério da "disponibilidade do direito", a generalidade dos litígios intra-societários é susceptível de resolução por árbitros, com a excepção

Hague – T. 296 (2003), pp. 158-159. Pode ler-se uma análise aprofundada dos argumentos contra e a favor da arbitrabilidade das "derivative actions" e de matérias afins, como as "securities class actions", em Perry Herzfeld – *Prudent Anticipation? The Arbitration of Public Company Shareholder Disputes* – Arbitration International – London, Kluwer Law International – 2008, Issue 2, pp. 297-329; Estes figums de direito processual são assim definidas por este autor: "derivative actions" are actions whereby, in certain circumstances, shareholders sue in the name of the company to enforce a right held by the company. "Class actions" are actions in which issues that arise in a number of sufficiently similar claims are determined together in a single proceeding brought by a representative plaintiff" – *ob. cit.*, p. 298.

⁷ A. SAMPAIO CAMELO – *ob. cit.*, pp. 30-31.

adiante indicada e também com a ressalva, desenvolvidamente tratada adiante, de as arbitragens atinentes à validade de deliberações sociais requererem uma regulamentação específica para que a sentença proferida pelo árbitros possa ter *eficácia geral* no seio da sociedade.

A adopção do critério da "disponibilidade do direito" determina, a nosso ver, a exclusão da submissão a arbitragem dos litígios relativos à nulidade do contrato de sociedade e à nulidade de deliberações de órgãos sociais. Dado não existir, neste tipo de acções, espaço para a livre disposição das partes, entendemos que, de acordo deste critério, elas não podem ser decididas por árbitros⁸.

A esta conclusão chegam, em regra, quando não existe indicação legal em contrário, a doutrina e a jurisprudência das ordens jurídicas que delimitam a arbitrabilidade dos litígios através do critério da "disponibilidade do direito". Era esta a opinião que, até há pouco tempo, prevalecia nas ordens jurídicas espanhola e italiana⁹ e é essa também a solução que, pela razão supramencionada, entendemos valer no âmbito do direito português (devido ao critério adoptado no art. 1.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 27 de Agosto).

Salientamos, por outro lado, que nenhum dos mencionados obstáculos à sujeição a arbitragem de algumas categorias de litígios intra-societários existe nas ordens jurídicas que delimitam o âmbito da arbitrabilidade com base no critério de "patrimonialidade do direito controvertido"¹⁰. Com efeito, dada a natureza patrimonial que assumem, directa ou indirectamente, os interesses em jogo nos litígios intra-societários, são estes pacificamente considerados como arbitráveis, à luz deste critério. Isso não impede, porém, que se questione a arbitrabilidade de alguns destes litígios, não por causa da natureza dos interesses controvertidos, mas antes por particularidades respeitantes à organização do processo arbitral e ao âmbito de eficácia da sentença que nele for proferida¹¹. Esta é matéria que analisaremos desenvolvidamente, mais à frente.

Importa notar que, nalgumas ordens jurídicas (*e.g.*, Itália, Alemanha e Estados Unidos; mas neste país só quanto aos *derivative claims*), a

⁸ A. SAMPAIO CAMELO – *ob. cit.*, pp. 29-30 e 32.

⁹ A. SAMPAIO CAMELO – *ob. cit.*, pp. 31-32.

¹⁰ A. SAMPAIO CAMELO – *ob. cit.*, pp. 32-33 e 34.

¹¹ A. SAMPAIO CAMELO – *ob. cit.*, p. 42-44.

lei ou os tribunais expressamente excluam a sujeição a arbitragem de litígios surgidos no seio de sociedades com acções cotadas em mercados de bolsa. Esta exclusão não decorre do critério básico de arbitrabilidade adoptado nessas ordens jurídicas¹², sendo antes devida ao facto de se considerar que a arbitragem não é um modo adequado de resolução dos (ou de alguns dos) litígios suscitados em sociedades com as singularidades que estas apresentam¹³. Este tema será também examinado adiante.

III) Âmbito da cláusula compromissória estatutária

4. Uma cláusula compromissória a inserir nos estatutos de uma sociedade, com a finalidade de sujeitar a arbitragem o maior número possível de litígios que nela venham a suscitar-se, deve ser apta a vincular todos os sujeitos que actuam no âmbito do seu funcionamento interno. Há por isso que examinar, sob este ponto de vista, a redacção que a cláusula compromissória deve ter para poder satisfazer este desiderato.

Pressupondo que a inserção de uma cláusula compromissória nos estatutos visa sujeitar a arbitragem a totalidade dos diferendos intra-societários, deverá ela ser redigida de modo a abranger inequivocamente os seguintes litígios: os que resultem de relações estabelecidas entre sócios e regidas pelos estatutos; os que se suscitem entre os sócios e a sociedade; os que surjam entre os sócios e os titulares de quaisquer órgãos da sociedade; os que possam existir entre a própria sociedade e esses titulares.

4.1. No âmbito de uma tal cláusula compromissória devem caber, em primeiro lugar, todos os litígios que se suscitem *entre os sócios da sociedade* e resultem de relações regidas pelos estatutos de que essa cláusula faça parte (tendo presente que do conteúdo destes fazem parte não só o seu clausulado mas também as regras e princípios legais aplicáveis

¹² Critério esse que, em Itália, é o "disponibilidade do direito", enquanto que, na Alemanha, é o da "patrimonialidade da pretensão controvertida" combinado como o critério (secundário) da transigibilidade da pretensão não patrimonial.

¹³ A. SAMPAIO CARAMELO - *ob. cit.*, p. 43; v. ainda o que adiante referimos, no parágrafo 8. do presente texto.

a esse tipo social e que por esse clausulado não hajam sido validamente afastadas). Uma tal cláusula tem aptidão para, por um lado, vincular todos os sócios da sociedade, tenham ou não aprovado a sua adopção, e, por outro lado, abranger todos os litígios que entre eles possam surgir.

Ao invés, a cláusula compromissória inserida num acordo parasocial só obriga quem o haja subscrito ou a ele venha a aderir (com o consentimento dos demais subscritores) e apenas quanto às matérias por ele reguladas. Essa diferença explica-se pelo facto de os acordos parassociais - ao contrário do que acontece com os estatutos, que criam normas objectivas de aplicação geral no seio da sociedade¹⁴ - terem por função permitir que os (ou alguns dos) sócios regulem, à margem das regras estatutárias, determinados aspectos da sua conduta no seio da sociedade ou perante esta.

4.2. São muitos os autores que, sem hesitação, defendem que uma cláusula compromissória inserida nos estatutos da sociedade obriga quem seja ou venha a ser membro dela, isto é, não só os seus *actuais sócios* mas também os *futuros sócios*. Para os que assim entendem, a cláusula compromissória incluída nos estatutos é de aplicar o princípio segundo qual as disposições deste instrumento vinculam não só quem seja membro da sociedade no momento da sua adopção mas também quem só posteriormente nela ingresse. Por outro lado, esses autores não suscita dúvida a possibilidade de superveniente introdução da cláusula compromissória nos estatutos, com mera observância das regras que permitem a sua alteração deliberada por maioria (ainda que qualificada) dos sócios, passando tal a cláusula vincular mesmo os sócios que não hajam votado seu favor. Veremos adiante se e em que medida estas soluções são admissíveis perante o direito português em vigor.

¹⁴ Visto que se destinam a reger o funcionamento da organização societária bem como as relações entre os sócios (quem quer que sejam ou venham a ser) e as destes com sociedade. Como sublinha ANTONIO MENEZES CORDEIRO, "um pacto social não regula, simplesmente, um delimitado círculo de interesses entre as partes que o concluíam; ele antes fixa - ou pode fixar - um quadro normativo capaz de regular múltiplas situações subsequentes." - *ob. cit.*, p. 441.

4.3. Nenhuma razão de princípio se opõe a que a própria *sociedade* seja vinculada pela cláusula compromissória inserida nos seus estatutos. Seria por demais especioso o argumento que se aduzisse contra a possibilidade de a sociedade ser vinculada pelos seus próprios estatutos, por não ser "exterior" a estes. Na verdade, sendo os estatutos o instrumento normativo que regula a organização e a vida interna da sociedade, fazendo parte do acto/contrato que lhe deu existência jurídica, não faria sentido que a sociedade ficasse fora do alcance de uma cláusula compromissória neles inserida.

Mas poder a sociedade ser vinculada por uma cláusula arbitral inserida nos seus estatutos não equivale a dizer que necessariamente o seja, pois que isso depende do modo como essa cláusula esteja redigida¹⁵. Importa, por isso, que no seu texto se refira claramente que são por ela abrangidos todos os litígios que oponham a sociedade quer aos sócios quer aos titulares dos órgãos sociais.

Nenhuma dúvida subsistirá, se na cláusula compromissória se mencionar que se aplica "aos litígios que surjam entre os sócios e a sociedade e aos que existam entre esta e os titulares dos órgãos sociais". Pela sua primeira parte, esta formulação será apta a abranger, nomeadamente, as acções de anulação e de nulidade de deliberações sociais que, como é sabido (v. art.61.º, n.º 1, do C.S.C.) devem necessariamente ser propostas contra a própria sociedade¹⁶, enquanto que, pela sua segunda parte, ela será capaz de compreender, entre outros, os litígios relativos ao estatuto remuneratório dos titulares dos órgãos sociais bem como os atinentes à responsabilidade civil decorrente do incorrecto exercício dos seus cargos.

4.4. Mais laborioso será fazer incluir no âmbito da cláusula compromissória estatutária os litígios que oponham os *titulares dos órgãos sociais* à sociedade ou aos seus sócios.

¹⁵ Sobre este ponto, v. OLIVIER CAPRASSE - Les Sociétés et L'Arbitrage, 002, Bruylant-L.B.D.J., Bruxelles-Paris, p. 368.

¹⁶ No entanto, alguns autores franceses e belgas dão conta de que a jurisprudência destes países tem hesitado em considerar que acções que, por lei, devam ser propostas pela ou contra a sociedade sejam abrangidas por cláusulas compromissórias que não prevejam expressamente a sociedade como possível parte dos litígios por ela abrangidos; sobre este ponto, v. OLIVIER CAPRASSE - *ob. cit.*, pp. 369-373.

À primeira vista, poderia duvidar-se da possibilidade de vincular não-sócios que sejam titulares de órgãos sociais¹⁷ a uma cláusula compromissória inserida nos estatutos, dado não a haverem subscrito, ao contrário do que acontece com os sócios que ingressam na sociedade mediante aquisição, directa ou indirecta, da posição social dum outorgante do contrato de sociedade inicial do qual constava a cláusula compromissória.

A resposta a esta dúvida encontra-se na ideia, que é defendida por alguns autores¹⁸ e nos parece acertada, de que, por efeito da aceitação do cargo para que são designados, os titulares dos órgãos sociais se obrigam a observar e fazer cumprir o disposto nos estatutos do sociedade, o que implica que também se vinculem ao disposto numa cláusula compromissória deles constantes. Mas para que não surjam dúvidas a este respeito, é conveniente que essa ideia fique expressamente consignada na cláusula compromissória, através duma disposição que poderá ser deste teor ou similar: "a aceitação dos respectivos cargos pelos titulares dos órgãos sociais valerá como expressão do seu consentimento ao disposto na presente cláusula"¹⁹.

Embora nos pareça que uma cláusula compromissória redigida desta forma permitirá dissipar as dúvidas que possam suscitar-se a este respeito, poderá ainda, para se conseguir maior certeza, impor-se, nos estatutos, que quem for designado para um órgão social subscreva um termo de adesão ao conteúdo da cláusula compromissória²⁰.

O que fica dito vale também para os liquidatários da sociedade bem como para os curadores *ad litem* designados ao abrigo do artigo 21.º, n.º 2, do Código do Processo Civil (C.P.C.) ou ao abrigo do art. 76,

¹⁷ Os sócios são, em princípio, vinculados por uma cláusula compromissória estatutária, mas, quando fazem parte dos órgãos sociais, não é nessa qualidade que são partes nos litígios contemplados neste número.

¹⁸ V. OLIVIER CAPRASSE - *ob. cit.*, p. 378-379 e autores aí citados.

¹⁹ No âmbito da ordem jurídica portuguesa, convirá que os estatutos imponham que a aceitação por quem seja designado para a um órgão social seja feita por escrito, devido à exigência de forma escrita da convenção de arbitragem contida no art. 2.º da LAV, como explicaremos adiante.

²⁰ V., por exemplo, o estipulado na cláusula compromissória inserida nos "articles of association" da *Royal Dutch Shell PLC*, sociedade cotada na Bolsa de Nova Iorque, Londres e Amesterdão, transcrita por Perry Herzfeld - *ob. cit.*, pp. 326-328.

n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais (C.S.C.)²¹, dado que uns e outros cabem num conceito amplo de "órgãos de sociedade".

4.5. Do que deixamos referido nos números anteriores pode concluir-se genericamente que uma redação cuidada e minuciosa da cláusula compromissória estatutária, tornando-a capaz de, sem margem de dúvidas, abranger a totalidade dos litígios relativos ao funcionamento interno da sociedade, permite resolver muitos das dificuldades que se suscitam, na prática, sobre a possibilidades de submeter a arbitragem a generalidade desses litígios²².

IV) Requisitos de validade da cláusula compromissória estatutária

5. Não é pacífico que uma cláusula compromissória que não figure na versão inicial dos estatutos da sociedade possa ser lá incluída através de uma alteração destes. Com efeito, existe marcada divergência na doutrina e na jurisprudência de diversos países quanto à possibilidade de inserção duma cláusula compromissória nos estatutos, apenas com os votos da maioria legalmente requerida para a alteração destes. É mesmo entre os autores que admitem que possa validamente introduzir-se essa cláusula nos estatutos, mediante a sua alteração, há desacordo sobre se ela obriga quem na tomada da respectiva deliberação não participou, se absteve ou votou contra.

5.1. A favor da possibilidade de se introduzir uma cláusula compromissória nos estatutos, em data posterior à constituição da sociedade, por deliberação tomada pela maioria requerida para a alteração daqueles, com o efeito de essa cláusula passar a vincular *todos os sócios actuais*, ainda que não tenham participado na assembleia em que foi votada a deliberação respectiva, ou nela se hajam absterido ou votado contra, e bem assim *os sócios futuros*, argumenta-se que a inclusão de tal cláusula não

²¹ V., neste sentido, OLIVIER CAPRASSE - *ob. cit.*, pp. 379-380.

²² Contanto que, por causa do critério de arbitrabilidade adoptada na lei, alguns desses litígios não devam considerados como excluídos da submissão a arbitragem, como se salientou atrás.

modifica substancialmente a situação dos respectivos sócios nem para eles cria novas obrigações que justifiquem a necessidade de se obter o consentimento de todos eles, em obediência a um princípio geral vertido em disposições legais semelhantes às dos artigos 86.º, n.º 2, e 328.º, n.º 3, do nosso C.S.C.

Segundo este entendimento, a cláusula compromissória deveria ser considerada como *neutra*, sob o ponto de vista do seus efeitos sobre o estatuto dos sócios, dado que não diminui os direitos destes, tendo apenas por efeito determinar que o litígio seja submetido à jurisdição arbitral, em vez da jurisdição estadual. No mesmo sentido, faz-se também notar que a arbitragem não pode ser vista como uma jurisdição de segunda ordem, fonte de perigo ou de imprevisibilidade, quando é certo que está prevista na lei e por esta equiparada à jurisdição estadual, não se lhe podendo atribuir carácter excepcional. Daí concluem os mesmos autores que escolher a arbitragem é escolher apenas uma *outra via* de solução jurisdicional de conflitos²³.

A nosso ver, uma tomada de posição sobre as questões acima mencionadas requer maior reflexão, para o que haverá que analisar: (i) se a introdução de uma cláusula compromissória nos estatutos, após a constituição da sociedade, exige o acordo de todos os que, nessa data, sejam sócios, com a consequência de, sem essa unanimidade, não ser válida a sua inserção nos estatutos; (ii) se, mesmo que uma cláusula compromissória possa validamente incluída nos estatutos por deliberação maioritária, ela será vinculativa para os sócios que não tenham participado na votação ou tenham votado contra essa inclusão; (iii) se a cláusula compromissória constante do pacto social (desde o início da sociedade ou por efeito de alteração posterior daquele) vincula quem só posteriormente venha a ingressar na sociedade.

É evidente que a resposta a estas questões é muito mais fácil no âmbito de direitos (como o francês, para as arbitragens internas, o sueco, o dinamarquês e o norueguês) que não exigem que a convenção de arbitragem seja reduzida a escrito, podendo ser oralmente celebrada e provada por qualquer meio, do que no âmbito de ordens jurídicas, como a portuguesa, que impõem que a convenção de arbitragem seja reduzida

²³ OLIVIER CAPRASSE - *ob. cit.*, p. 375

a escrito, implicando isso que assumia forma escrita o consentimento de todas as partes que tal convenção visa obrigar.

5.2. À pergunta sobre se a introdução superveniente de uma cláusula compromissória nos estatutos exige o acordo de todos os que nessa altura sejam sócios, responderam negativamente o Tribunal Federal Alemão (BGH) e o Tribunal Supremo de Espanha (T.S.), através de acórdãos que vale a pena dar brevemente conta.

Num caso relativo à inserção de uma cláusula arbitral nos estatutos de uma associação registada (*engetragener Verein*), a que se opunha uma minoria dos seus associados, decidiu o Supremo Tribunal Federal Alemão, por um acórdão de 3.04.2000, ser necessário o consentimento de todos os associados para que essa alteração estatutária pudesse validamente efectuar-se. A partir de então, a doutrina alemã passou a presumir que solução idêntica seria adoptada por esse Tribunal, quando tivesse de decidir sobre a introdução de uma cláusula compromissória nos estatutos de sociedades de responsabilidade limitada (*GmbH*) ou sociedades anónimas. Assim, seria de exigir o consentimento de todos os sócios para a introdução de uma cláusula compromissória nos estatutos dessas sociedades²⁴. Como explicaremos adiante, esta solução não é pacífica na doutrina alemã.

No mesmo sentido, é também de referir um acórdão do Tribunal Supremo de Espanha, de 9.07.2007²⁵, que igualmente exigiu o consentimento de todos os sócios da sociedade (e não apenas o da maioria necessária para qualquer outra alteração estatutária) para a alargamento do âmbito objectivo de uma cláusula compromissória existente nos estatutos, para que passasse a abranger a impugnação de deliberações da assembleia geral²⁶.

²⁴ CHRISTIAN DUVE – *Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany* – Arbitration in Germany (ed. K.H Böckstiegel S. Kröll and P. Nacimiento) 2007, Wolters Kluwer, p. 1007.

²⁵ V. anotação a esta decisão, da autoria FÉLIX J. MONTERO, in *European and Middle Eastern Arbitration Review* – 2010, p.73-76

²⁶ No caso que esteve na origem deste acórdão do TS, tratava-se de uma deliberação de exclusão de alguns sócios.

Fundamentando a sua decisão, referiu o Tribunal Supremo: “a conclusão a que se deve chegar é de que a modificação dos estatutos sociais, incluindo quer a sujeição a arbitragem como meio de resolução da litúrgios societários quer a extensão do âmbito objectivo de uma cláusula de arbitragem, requer a aceitação dos afectados por essa modificação, dado que ela implica uma forma de restrição ou limitação do direito à efectiva protecção do exercício de direitos e legítimos interesses pelos tribunais, a que tem sido conferida tutela mediante recurso ao Tribunal Constitucional”.

Criticando esta formulação do Tribunal Supremo, alguns comentadores salientaram que a subscrição de uma convenção de arbitragem ou a modificação ou ampliação do seu âmbito, não constituem “uma forma de restrição ou de limitação do direito à efectiva protecção pelos tribunais do exercício de direitos e legítimos interesses”, significando apenas a opção por outra via de tutela jurisdicional destes. Por outro lado, sendo o funcionamento das sociedades de capitais e as relações entre os accionistas regidas pelo princípio da maioria, deve entender-se que, ao ingressar na sociedade, o accionista aderiu a tal princípio.

Por essas razões, não haveria que exigir, ao contrário do que entendeu o Tribunal Supremo, que a inserção nos estatutos da cláusula de arbitragem fosse aceite por todos os sócios afectados por essa alteração estatutária, implicando isso que quem tivesse votado contra não fosse por ela obrigado. Acresce, segundo os mesmos comentadores, o facto de a posição do sócio na sociedade, com os poderes e deveres que a integram, poder ser objecto de cessão.

É de admitir, contudo, que, ao proferir esta decisão, o Tribunal Supremo de Espanha tivesse sido influenciado pelas circunstâncias particulares do caso apreciado, em que a deliberação que alargou o âmbito da cláusula arbitral foi votada na mesma assembleia geral em que foi tomada a deliberação (de exclusão de sócios) cuja anulação veio ser pedida aos tribunais estaduais, juntamente com a impugnação da ampliação do âmbito daquela cláusula, pela qual se sujeitava aquele pedido a arbitragem.

Ora, salientaram os referidos comentadores, se se compreende a decisão tomada pelo Tribunal Supremo, de considerar como não vinculados pela ampliada convenção de arbitragem os sócios que na mesma

data foram logo excluídos, dado que essa cláusula compromissória, não estando ainda em vigor quando foi deliberada a exclusão, não poderia abranger a acção arbitral de impugnação desta deliberação, a verdade é que o T.S. poderia ter-se limitado a usar este argumento, sem declarar que os accionistas que não aceitaram a cláusula arbitral contida nos estatutos não ficam vinculados por ela²⁷.

Como se explicará adiante, solução contrária à acolhida, em 2007, pelo Tribunal Supremo de Espanha veio a ser consagrada pela recente reforma da Lei de Arbitragem deste país.

5.3. Em sentido oposto às decisões judiciais acabadas de mencionar, ou seja, em apoio da validade da inserção de uma cláusula arbitral nos estatutos de uma sociedade contra a vontade expressa de um ou de alguns sócios desta, poderia aparentemente invocar-se a sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (T.J.) que, no acórdão proferido, em 1992, no caso *Petereit*²⁸, confirmou que uma cláusula atributiva de jurisdição, subsumível ao art. 17.º da Convenção de Bruxelas sobre a Competência Judiciária e o Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria Cível e Comercial, que fora inserida nos estatutos de uma sociedade contra o voto expresso de um accionista, é válida e vincula o accionista discordante.

Fundamentando a sua decisão, entendeu o T.J. que os estatutos de uma sociedade por acções devem, de acordo com as legislações Estados que são partes daquela Convenção, ser considerados como um contrato regulador das relações entre os sócios bem como das relações entre eles e a sociedade, pelo que a cláusula atributiva de jurisdição neles incluída vincula os accionistas, sendo irrelevante que só tenham adquirido essa qualidade só depois da adopção daquela cláusula. Ao tornar-se e manter-se como accionista da sociedade, este consentiu em submeter-se a todas as disposições constantes dos estatutos da sociedade e às decisões adoptadas pelos órgãos sociais em conformidade com as disposições de direito nacional aplicáveis e com aqueles estatutos, mesmo que não concordasse com algumas dessas disposições e decisões. A posição do sócio

²⁷ *Ob. cit.*, p. 76

²⁸ Caso C-214/89 [1992] ECR I-1745.

relativamente ao estatutos é diferente da que tem a parte dum contrato de venda relativamente aos respectivos termos, pois que os estatutos de uma sociedade são expressão da existência de uma comunidade de interesses entre os sócios na prossecução de um objectivo comum, constituindo o instrumento básico que rege as relações entre o sócio e a sociedade. Além disso, independentemente do modo como as acções foram adquiridas, qualquer pessoa que se torne accionista sabe ou deve saber que fica vinculada pelos estatutos da sociedade e pelas alterações que a estes venham a ser feitas de acordo com a lei aplicável e esses estatutos.

Decidiu, por isso, o Tribunal de Justiça que, quando os estatutos contêm uma cláusula atributiva de jurisdição, todos os accionistas são de considerar como tendo dela conhecimento e como havendo efectivamente consentido no que ela estabelece, se tais estatutos estiverem depositados num local a que o accionista tenha acesso, como a sede da sociedade, ou se constarem de um registo público.

Relativamente à influência que este acórdão poderá ter na solução a dar à questão em apreço, há que convir que, embora o pacto atributivo de jurisdição a tribunais estaduais e a cláusula compromissória sejam figuras distintas, há entre elas apreciável similitude que só poderia ser ignorada para o efeito que aqui interessa, caso se demonstrasse que a opção pela arbitragem limita, de algum modo, os direitos ou garantias dos sócios relativos à obtenção de tutela jurisdicional, o que já se mostrou não ser o caso. Assim, não pode recusar-se, à partida, que a decisão do Tribunal de Justiça da CEE no caso *Petereit* possa ter alguma relevância para solução da questão em análise.

No entanto, o seu valor persuasório para este efeito é limitado, não só por causa das particularidades do caso que esteve na base dessa decisão do T.J.²⁹, mas também porque os requisitos de forma estabelecidos para os pactos atributivos de jurisdição pelo art. 17.º da referida Convenção (e pelo ar. 23.º do Regulamento [CE] n.º 44/2001 do Conselho, de 22.12.2000, que substituiu aquela) são menos exigentes do que a "forma escrita"

²⁹ Salientando essas particularidades e as consequentes limitações que criam à transposição das conclusões que o TJ enunciou na decisão sobre profundeza nesse caso, v. PERRY HEKZFIELD - *ob. cit.*, pp. 305-306.

exigida por numerosas ordens jurídicas (incluindo a portuguesa) para a validade da convenção de arbitragem³⁰.

5.4. Em Espanha, antes das recentes alterações à Lei de Arbitragem adiante mencionadas, parte da doutrina defendia que a cláusula compromissória estatutária só podia obrigar quem a ela tivesse anuído, pelo que não vincularia os futuros sócios que a ela não quisessem sujeitar-se³¹. Outra parte da doutrina, embora aceitasse a oponibilidade da cláusula compromissória aos futuros sócios da sociedade, defendia que, face ao silêncio da lei sobre o assunto, uma tal cláusula só com o acordo unânime dos sócios podia ser incluída nos estatutos sociais³².

Em Itália, antes da reforma do contencioso judicial e arbitral em matéria societária, aprovada em 2003, a maioria da doutrina e jurisprudência já entendia que uma cláusula compromissória constante dos estatutos da sociedade vinculava também quem se tornasse sócio após a constituição desta e não tivesse, portanto, subscrito o acto constitutivo e estatutos iniciais³³.

Relativamente à introdução de uma cláusula compromissória nos estatutos sociais, por deliberação tomada pela maioria requerida para as alterações estatutárias (contra oposição de alguns sócios), a maioria da doutrina e da jurisprudência italianas também já a considerava admissível, antes da mencionada reforma de 2003. Esta reforma, como veremos adiante (*infra* 5.5.3.), veio dissipar as dúvidas que subsistiam a respeito tanto desta questão como da anteriormente referida³⁴.

³⁰ Sobre justificação da exigência da forma escrita, v. o que adiante se diz sobre o assunto.

³¹ V. os autores citados em ANTONIO F. CRUZ BLANCO – *El arbitraje societario* – Comentario a la Ley de Arbitraje (Alberto de Martín Muñoz e Santiago Hierro Anibarro, *Coords.*), 2006, Marcial Pons, p.969.

³² FRANCISCO VICENT CHULIÁ – *Introducción al Derecho Mercantil* – 2004, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 381.

³³ FRANCESCO GENNARI – *L' Arbitrato Societario* – 2009, Padova, Cedam, p.90, nota 81; MASSIMO BENEDETTI, CLAUDIO CONSOLO, LUCA RADICATI DI BROZOLLO (dir.) – *Comentario Breve al Diritto dell' Arbitrato Nazionale ed Internazionale* – 2010, Padova, Cedam, p. 414 e os autores aí citados.

³⁴ V. FRANCESCO GENNARI – *ob. cit.*, p. 101-104; MASSIMO BENEDETTI, CLAUDIO CONSOLO, LUCA RADICATI DI BROZOLLO – *ob. cit.*, p. 415.

5.5. Nalgumas ordens jurídicas em que o regime da arbitragem foi, nos últimos dez ou quinze anos, objecto de reformas, como a alemã, a austríaca, a italiana e a espanhola, a matéria dos requisitos de validade formal da cláusula compromissória estatutária conheceu importantes alterações legislativas que vierem dar solução a todas ou a algumas das questões acima enunciadas. Vale a pena fazer uma breve descrição de tais alterações.

5.5.1. No direito alemão, a arbitragem pode assentar ou numa "convenção de arbitragem" – seja na modalidade de cláusula compromissória (*Schiedsklausel*) seja na de compromisso arbitral (*Schiedsabrede*), ambos previstos no §1029 (2) do Código do Processo Civil (ZPO), para a qual o §1031³⁵ estabeleceu requisitos de validade formal que, embora seguindo de perto o disposto no art. 7.º da Lei Modelo da UNCITRAL, introduziram maior flexibilidade na exigência de forma escrita neste estabelecida³⁶ – ou numa "disposição não baseada em convenção" nos termos do disposto no § 1066 do ZPO³⁷.

Segundo a jurisprudência do BGH, que tem a concordância da maioria da doutrina alemã, uma cláusula arbitral inserida nos estatutos de uma sociedade comercial de pessoas (*Personenhandels-gesellschaft*)³⁸, tem a natureza de convenção de arbitragem, na acepção prevista e regulada nos

³⁵ Estes §§ pertencem ao Livro 10 (§ 1025 a 1066) do Código do Processo Civil (ZPO), na redacção resultante da reforma que entrou em vigor em 1.01.1998.

³⁶ Dando relevância, em certa medida, ao silêncio de uma das partes, que valerá como aceitação de um documento recebido da outra parte ou de terceiro, contendo a cláusula arbitral, se tal for conforme com os usos comerciais; v. § 1031 (2) do ZPO.

³⁷ § 1066: "Für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, gelten die Vorschriften dieses Buches entsprechend". Na versão inglesa, da responsabilidade da DIS, este parágrafo tem o seguinte teor: "The provisions of this Book apply mutatis mutandis to arbitral tribunals established lawfully by disposition on death or other dispositions not based on an agreement"; e na versão francesa: "Les dispositions du présent livre s'appliquent également aux tribunaux arbitraux légalement désignés par voie testamentaire ou selon d'autres dispositions n'émanant pas d'un contrat".

³⁸ Em que se destacam as *offene Handelsgesellschaften* (OHG) – correspondentes às sociedades em nome colectivo do direito português – que, segundo o entendimento bem firmado da jurisprudência alemã, a que adere a maioria da doutrina, são desprovidas de personalidade jurídica; sobre este tema v. A. MENEZES CORDEIRO – *ob. cit.*, vol. II, pp. 129-134.

§§ 1029 do ZPO, sendo qualificada como "cláusula arbitral contratual". Daí se infere que só com o consentimento de todos os sócios pode a cláusula arbitral ser inserida nos estatutos de uma sociedade de pessoas. Tal qualificação poderia também inculcar que, uma vez inserida nos estatutos, esta cláusula só vincularia os futuros sócios que a ela aderissem expressamente. No entanto, os tribunais alemães têm considerado que uma tal cláusula arbitral é oponível a todos os que posteriormente ingressem na sociedade, por ser um elemento integrante da posição contratual de sócio, baseando esta solução na aplicação, por analogia, do § 401 do Código Civil Alemão (BGB) – correspondente ao art. 582.º do Código Civil português³⁹.

Diferentemente, as cláusulas arbitrais inseridas nos estatutos das sociedades de capitais, sejam elas sociedades de responsabilidade limitada (*GmbH*) ou sociedades por acções (*AktG*) são qualificadas como "disposições arbitrais estatutárias", subsumíveis à previsão do §1066 do Código do Processo Civil (ZPO), o que as dispensa da observância dos requisitos de forma do §1031 do mesmo Código. Embora a específica natureza que aqui assume a cláusula compromissória estatutária justificasse uma menor exigência neste particular, a maioria da doutrina alemã entende que a introdução de tal disposição nos estatutos duma sociedade de capitais só é legalmente possível com o consentimento de todos os sócios. Um sector minoritário da doutrina defende, porém, que basta para este efeito a aprovação da maioria dos sócios⁴⁰.

Similarmente ao que se entende quanto às "cláusulas arbitrais contratuais" inseridas nos estatutos das sociedades de pessoas, mas por razões não coincidentes (não se invoca, neste caso, a aplicação analógica do §401 do BGB, por aqui não existir propriamente uma transmissão de posição contratual), também para os sócios que ingressem em sociedades de capitais cujos estatutos contenham "disposições arbitrais estatutárias"

³⁹ Cfr. sobre esta matéria, CHRISTIAN DUVE – *Arbitration of Corporate Law Disputes* cit., p. 1002-1003.

⁴⁰ Cfr., sobre esta matéria, CHRISTIAN DUVE – *Arbitration of Corporate Law Disputes* cit., p. 1004. A nosso ver, esta solução é a que melhor se harmoniza com a subsunção desta espécie de cláusulas arbitrais ao tipo previsto no § 1066 e a sua consequente subtração aos requisitos de forma estabelecidos pelo § 1031 e, afinal de contas, com a assimilação (assumida pela doutrina) desta espécie de cláusulas arbitrais às demais disposições dos estatutos.

(i.e., subsumíveis à previsão do § 1066 do ZPO) têm os tribunais alemães decidido, com a concordância da doutrina, que elas vinculam os novos sócios, sem necessidade de expressa adesão ao seu conteúdo. Esta solução é fundamentada na consideração de tal disposição estatutária ser elemento integrante da participação social (do *status* de sócio), pelo que os direitos e obrigações dela emergentes se transmitem ao adquirente da participação social, juntamente com os demais direitos e obrigações que a integram⁴¹.

5.5.2. Muito influenciada pelo novo regime alemão da arbitragem aprovado em 1998, a nova lei de arbitragem austríaca – que, sendo integrada no Capítulo IV do Código do Processo Civil, entrou em vigor em 1 de Julho de 2006 – depois de, no n.º 1 do § 506, tratar das convenções de arbitragem (cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais) estabelecidas por acordo das partes, preceitua, no n.º 2 deste §, que as disposições desse Capítulo são aplicáveis aos tribunais arbitrais que se baseiam em disposições de estatutos de sociedades⁴². É muito significativo que, no n.º 2 (ao contrário do que acontece no n.º 1), não se fale em "convenção de arbitragem" ou em "cláusula arbitral".

Assim, muito mais claramente do que acontece no § 1066 do ZPO alemão, prevê o § 581 (2) do ZPO austríaco que a arbitragem pode basear-se numa disposição estatutária que não emana dum acordo das partes. Importante corolário deste modo de conceber a cláusula arbitral incluída nos estatutos é a sua incontroversa oponibilidade aos sócios que

⁴¹ CHRISTIAN DUVE – *Arbitration of Corporate Law Disputes*, cit. p. 1008; pode ler-se um resumo do debate travado na doutrina alemã sobre este tema, no estudo de Stefan Weber and Ewald Oberhammer, referido na nota seguinte.

⁴² § 581(2): "Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind auch auf Schiedsgerichte sinngemäß anzuwenden, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige Verfügung oder andere nicht auf Vereinbarung der Parteien beruhende Rechtsgeschäfte oder durch Statuten angeordnet worden". Na versão inglesa publicada pelo *Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber (VIAC)*, este parágrafo reza assim: "The provisions of this Chapter shall apply accordingly to arbitral tribunals that are, in a manner permitted by law, made by testamentary disposition or other legal transactions that are not based on agreements of the parties or that are provided by articles of incorporation"; e na versão francesa: "Les dispositions de cette section s'appliquent également par analogie aux tribunaux arbitraux valablement établis, au regard de la loi, par la voie testamentaire, ou par d'autres actes juridiques non fondés sur un accord des parties, ou encore par des statuts".

ingressem na sociedade posteriormente à adopção da mesma e, por outro lado, a possibilidade de a sua introdução, por deliberação maioritária, vincular todos os sócios, incluindo os que votaram contra ela.⁴³

Dada a influência que a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores alemães exercem na Áustria, encontra-se, na doutrina deste país, a mesma divisão de opiniões que existe na doutrina teutónica relativamente aos requisitos a que deve obedecer a deliberação de introdução da cláusula arbitral nos estatutos das sociedades de capitais, sendo que, também na Áustria, a maioria da doutrina se inclina para exigir que a adopção dessa disposição obtenha o consentimento de todos os sócios⁴⁴.

Os argumentos aduzidos na doutrina austríaca (em que, como dissemos, o debate acerca desta questão ecoa o travado na doutrina alemã), a favor da necessidade desse consentimento de todos os sócios, são os seguintes: a sujeição dos litígios intra-societários aos tribunais estaduais deve ser considerada como um direito especial do sócio, na acepção que este conceito tem no regime das sociedades de responsabilidade limitada e por acções; a renúncia ao acesso aos tribunais estaduais constitui uma renúncia ao juiz legalmente competente, sendo o núcleo essencial dos direitos dos sócios afectado por essa renúncia; o facto de o BGH alemão ter decidido, num acórdão de 6.04.2009, ser necessário, para este efeito, o consentimento unânime dos sócios.

Por seu turno, em defesa da suficiência de uma aprovação maioritária, argumenta-se com o seguinte: o facto de quem se torna sociedade de responsabilidade limitada ou por acções, saber que se sujeita a deliberações tomadas por maioria; a inferência (feita por alguns autores) da legitimidade de adopção da cláusula arbitral mediante deliberação maioritária a partir do paralelo existente, neste ponto, entre o direito sucessório e o direito das sociedades; a circunstância de o sócio vencido na votação dessa deliberação poder impugnar esta; o facto de ser voluntária a aquisição e a manutenção da qualidade de membro de uma sociedade, podendo os sócios discordantes transferir livremente as suas participações

⁴³ STEFAN WEBER and EWALD OBERHAMMER, *The Arbitration Agreement and Arbitrability - The Arbitration of Corporate Disputes in Limited Liability Companies* - in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Arbitration Yearbook 2010*, (C.H. Beck, Stämpfli & Manz 2010) pp. 25-41

⁴⁴ STEFAN WEBER and EWALD OBERHAMMER - *ob. cit.*, pp. 36-38

e, portanto, deixar a sociedade se não quiserem submeter-se à cláusula compromissória introduzida no estatuto por deliberação maioritária⁴⁵.

5.5.3. As questões acima enunciadas que, com dissemos, são objecto de laboriosa análise no âmbito dos direitos alemão e austríaco, foram globalmente enfrentadas e resolvidas pelo legislador italiano através do Decreto Legislativo n. 5, de 17 de Janeiro de 2003, que estabeleceu um novo regime do contencioso judicial e arbitral para os litígios societários.

Dispõe o art. 34 (6) deste diploma que a alteração dos estatutos de sociedades que vise neles introduzir uma cláusula compromissória ou suprimir a que deles conste, pode ser aprovada por maioria (mais elevada do que a requerida para as demais alterações estatutárias) de dois terços dos votos correspondentes ao capital social, atribuindo-se, porém, aos sócios discordantes o direito de se exonerarem da sociedade nos noventa dias seguinte a essa alteração⁴⁶.

Por outro lado, relativamente à questão (relacionada com esta e também debatida na doutrina alemã e austríaca) da oponibilidade a futuros sócios da cláusula compromissória constante dos estatutos, o art. 34 (3) do mesmo Decreto Legislativo preceitua que ela é vinculativa "para sociedade e para todos os sócios, incluindo aqueles cuja qualidade de sócio é objecto de controvérsia"⁴⁷.

⁴⁵ V. o resumo destes argumentos no estudo de STEFAN WEBER and EWALD OBERHAMMER - *ob. cit.*, p. 37.

⁴⁶ A constitucionalidade da nova lei, ao permitir a inclusão da cláusula compromissória nos estatutos, por deliberação tomada por maioria qualificada, foi questionada por alegada violação do princípio consignado do art. 25.º da Constituição Italiana, que condiciona a renúncia ao juiz natural estadual a uma expressa manifestação de vontade a favor da arbitragem. A atribuição do direito de exoneração aos sócios discordantes visou afastar (sem o conseguir completamente) as referidas dúvidas quanto à constitucionalidade desta solução legislativa. Sobre esta discussão, v. FRANCESCO GENNARI - *ob. cit.*, p. 102-105; MASSIMO BENEDETTI, CLAUDIO CONSOLO, LUCA RADICATI DI BROZOLÓ - *ob. cit.*, p. 415.

⁴⁷ Vale a pena referir que, por força do art. 34 (4) do citado Decreto Legislativo, a cláusula compromissória estatutária que pelo seu teor abranja os membros dos órgãos da sociedade, será vinculativa para estes, por efeito da mera aceitação dos cargos para que foram designados, sem necessidade de uma expressa adesão destes a essa cláusula.

5.5.4. Embora ainda tenha poucos anos de vigência, a lei de arbitragem de Espanha (Lei 60/2003, de 23 de Dezembro) foi recentemente objecto de diversas alterações, algumas das quais dizem respeito à arbitragem de litígios societários.

O novo artigo 11 *bis* desta lei, depois de, no seu n.º 1, tornar claro que as sociedades de capitais⁴⁸ podem submeter a arbitragem os conflitos que nelas se suscitem, dispõe, no seu n.º 2, que introdução nos estatutos sociais de uma cláusula compromissória requer o voto favorável de, pelo menos, dois terços dos votos correspondentes ao capital social.

6. Para se equacionar adequadamente as questões acima enunciadas (v. *supra* 5, e 5.1.), convém dar conta do profundo debate que tem tido lugar na doutrina brasileira em torno do § 3.º do artigo 109.º da Lei das Sociedades Anónimas (L.S.A.) deste país.

Neste artigo, depois de, no seu corpo, se enumerarem os direitos dos accionistas que são inderrogáveis pelos estatutos ou por deliberação da assembleia geral e de, no seu § 1.º, se preceituar que as acções de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares, nos §§ 2.º e 3.º dispõe-se o seguinte:

“§ 2. Os meios, processos ou acções que a lei confere ao accionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia-geral.

§ 3. O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os accionistas e a companhia, ou entre os accionistas controladores e os accionistas minoritários, poderão ser solucionados mediante arbitragem nos termos em que especificar.”

A doutrina brasileira entende pacificamente que o § 2.º deste artigo realinha a garantia essencial de os accionistas de recorrerem ao Poder Judiciário para, através dos meios – processos e acções – que a lei lhes confere, assegurarem os seus direitos, garantia essa que decorre do inc.

⁴⁸ A referência específica feita neste artigo às “sociedade de capitais” explica-se pelo facto de só quanto a estas se colocarem as questões enunciadas em 5. e 5.1 *supra*. Com efeito, nas sociedades em nome colectivo e nas sociedades comandita é, em princípio, necessário o consentimento de todos os sócios para a alteração dos respectivos estatutos; pelo que nelas, em regra, não se põe a hipótese de se introduzir nos estatutos uma cláusula compromissória contra a vontade de um ou alguns sócios.

xxxv do art. 5.º da Constituição Federal Brasileira (C.F.)⁴⁹. Há, contudo, divergência quanto à incidência que esta garantia constitucional tem na arbitragem.

Para alguns autores, como Modesto Carvalhosa, a renúncia a esta garantia constitucional (traduzida na opção pela arbitragem) tem carácter personalíssimo, não se transmitindo aos accionistas que não renunciarem expressamente a esse direito constitucionalmente assegurado e societariamente reiterado no § 2 do ar. 109.º da L.S.A..

Para outros autores, como Pedro Baptista Martins e Carlos Augusto da Silveira Lobo, aquela disposição da C.F. não consagra um “monopólio” do Poder Judiciário para solucionar conflitos, de que a arbitragem constituiria excepção; essa disposição constitucional estabeleceu tal garantia, não mediante a monopolização da prestação jurisdicional pelo Estado, mas sim colocando o Poder Judiciário à disposição de todos para apreciar qualquer lesão ou ameaça de direito. Vala a pena examinar os argumentos de cada uma destas posições.

6.1. Dado que, por um lado, a garantia de recurso à jurisdição estadual tem assento constitucional, o que, segundo este autor, exige uma declaração expressa por quem a ela queira renunciar, e que, por outro lado, a arbitragem tem como fundamento essencial a vontade das partes, defende Modesto Carvalhosa⁵⁰ que a cláusula compromissória inserida no estatuto vincula apenas os *fundadores* da sociedade (que a aprovaram na sua constituição), *os accionistas que, aprovando posteriormente* uma alteração a esse estatuto que incluía neste uma cláusula compromissória, renunciem ao direito especial prescrito no § 2 do art. 109.º da L.S.A. e ainda os *accionistas derivados que*, adquirindo acções da sociedade durante a vida desta, *adiram expressamente* à cláusula compromissória estatutária. Para este autor, a cláusula compromissória incluída no estatuto vincula somente a *sociedade* (que, por definição, é vinculada pelo que os seus estatutos estabeleçam) e os *accionistas que expressamente concordaram com essa substituição do foro judicial pelo arbitral*.

⁴⁹ Que preceitua: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

⁵⁰ Comentário à Lei das Sociedades Anónima – 2.º Volume (arts. 75.º a 137.º), 2003, Editora Saraiva, S. Paulo, pp. 300-324.

Segundo Modesto Carvalhosa⁵¹, a cláusula compromissória estatutária é um *pacto personalíssimo* que não se transmite por sucessão ou cessão à pessoa do sucessor ou cessionário. Não sendo uma norma organizativa da sociedade e não adquirindo carácter associativo, ela não é, por isso, oponível aos accionistas que não votarem favoravelmente a sua adopção no estatuto e que não aderiram posterior e expressamente aos seus termos, em conformidade com o disposto no § 2.º do art. 4.º da Lei de Arbitragem brasileira⁵².

Para este autor, a cláusula compromissória constitui um *pacto parasocial* entre a sociedade, os seus fundadores e os demais accionistas que aprovaram a sua inclusão (votando a favor da alteração estatutária a isso destinada) ou que expressamente aderiram aos seus termos, restringindo-se os efeitos e a obrigatoriedade deste pacto aos accionistas estipulantes. Tal cláusula não vincula, portanto, nem os accionistas actuais, que não subscreveram este pacto parasocial estatutário, nem os accionistas que posteriormente ingressam na sociedade, sem expressamente aderir àquela.

A cláusula compromissória estatutária não se confunde, segundo o autor, com as *cláusulas organizativas* constantes do estatuto social, pois é um *negócio jurídico autónomo* relativamente a este. Dada a sua natureza, a adesão à cláusula compromissória não se transmite aos sucessores *mortis causa* nem aos adquirentes das acções a qualquer título, assim como não vincula os novos accionistas subscritores de aumentos de capital.

Pela mesma razão, os *administradores da sociedade* só são vinculados pela cláusula compromissória estatutária se a ela aderirem expressamente.

Para Modesto Carvalhosa, há analogia entre a cláusula compromissória estatutária e as cláusulas restritivas da transmissibilidade das acções que, quando introduzidas por alteração dos estatutos, só se aplicam às acções cujos titulares lhe derem o seu expresso assentimento⁵³, sendo que, para este autor, essas cláusulas também não constituem normas

⁵¹ *Ob. cit.*, p. 314

⁵² Disposição que, referindo-se à cláusula compromissória em contratos de adesão, preceitua que esta "só tem eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em requerimento, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula".

⁵³ De acordo com o art. 36.º da L.S.A. brasileira, que tem paralelo no art. 328.º, n.º 3, do C.S.C. Português.

estatutárias organizativas, tendo antes natureza análoga à dos acordos de accionistas previstos no art. 118.º da L.S.A. (que prevê e regula os acordos parassociais).

6.2. A opinião defendida por Modesto Carvalhosa, atrás resumida, é contrariada por outros ilustres juristas brasileiros, como Pedro Baptista Martins⁵⁴ e Carlos Alberto da Silveira Lobo⁵⁵. Damos, seguidamente, conta do essencial da argumentação do segundo.

Começa este autor por contestar que o citado princípio consignado no inc. XXXV do art.º 5.º da Constituição Federal Brasileira consagre implicitamente a ideia de que o recurso à arbitragem tenha o carácter de renúncia a uma garantia constitucional⁵⁶, uma vez que a cláusula compromissória estatutária em nada implica uma diminuição de direitos ou garantias dos sócios. Aquele artigo da Constituição Federal não consagra um monopólio do Poder Judiciário, do qual a arbitragem constituiria excepção. A resolução de conflitos por arbitragem é alternativa legítima e eficaz à prestação jurisdicional do Estado; exclui a jurisdição estatal, mas substitui-a por juízo equivalente.

A estipulação nos estatutos da sociedade anónima de que os litígios entre os accionistas e a sociedade e entre os accionistas controladores e os accionistas minoritários serão solucionados mediante arbitragem, é perfeitamente compatível com aquele princípio constitucional, pois, no subsistema jurídico das sociedades anónimas, os accionistas manifestam a sua aceitação a todas as disposições dos estatutos, quando adquirem acções, seja por subscrição seja por compra no mercado secundário.

A sociedade anónima é constituída por um contrato associativo (ou plurilateral) que cria uma organização destinada a durar e que se distingue nitidamente dos contratos de troca. Ao contrário destes, em que as

⁵⁴ *A arbitrabilidade subjectiva e a imperatividade dos direitos societários como pretexto fator impeditivo para a adoção da arbitragem nas sociedades anónimas* – disponível em www.buistamartins.com.br

⁵⁵ *A Cláusula Compromissória Estatutária* – Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 22 (Julho-Setembro de 2009), pp. 11-32; e *A Cláusula Compromissória Estatutária (II) (Anotações adicionais)* – Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 27 (Out. – Dez. 2010), São Paulo, Editora dos Tribunais, pp. 46-55.

⁵⁶ Que, segundo os defensores da tese contrária, teria de ser manifestada pelas partes de forma expressa, directa e inequívoca.

partes se contrapõem trocando prestações, naqueles, as prestações das partes dão origem a uma actividade ulterior que constitui a finalidade do contrato que, para esse fim, cria uma organização perene. O contrato que cria e regula o funcionamento de uma sociedade anónima é, além disso, um contrato aberto, porque as portas da relação contratual estão sempre abertas para a entrada e saída de partes.

Assim, a transferência de acções implica necessariamente a transferência dos direitos e obrigações que compõem o *status* de sócio e estão consolidados no estatuto social publicados e registados. Os direitos e obrigações dos sócios previstos em normas de direito objectivo (*i.e.*, de aplicação geral, pois definem, impessoalmente, a posição jurídica dos accionistas) constantes do estatuto, incorporam-se na acção e com ela circulam, transferindo-se aos sucessivos titulares pelo facto de serem parte integrante da coisa transmitida e não pelo efeito de qualquer adesão expressa ao que no estatuto foi estabelecido.

Por outro lado, nas sociedades anónimas vigora imperativamente o princípio maioritário (que não é específico destas, pois existe também nas deliberações tomadas por outros grupos sociais), que impede que para qualquer alteração do seu estatuto, por mais relevante que seja, se exija a unanimidade, salvo quando a lei o preveja.

Contra o defendido por Modesto Carvalhosa, Carlos da Silveira Lobo sustenta que a cláusula de arbitragem inserida no estatuto não é um pacto parassocial. Esta figura caracteriza-se por, mediante acordo celebrado à margem do contrato de sociedade e do estatuto, os sócios regularem a forma de exercer os direitos e cumprir as obrigações inerentes ao *status* de sócio e obrigarem-se a realizar prestações suplementares relativas à empresa objecto de sociedade. Os pactos parassociais, ao contrário do estatuto, não criam normas objectivas de aplicação geral: conferem direitos subjectivos e impõem obrigações a quem neles for parte. As cláusulas compromissórias que os pactos parassociais possam conter, obedecendo aos requisitos do art. 4.º da lei de arbitragem brasileira, distinguem-se da cláusula compromissória estatutária prevista no § 3.º do art. 109 da L.S.A.

Porque a sua inclusão no contrato de sociedade não altera substancialmente as condições essenciais deste nem restringe os meios e processos de que accionista carece para a protecção dos seus direitos, a

cláusula compromissória estatutária pode ser inserida no estatuto e dele ser eliminada pela maioria requerida para outras alterações estatutárias, não tendo de ser objecto de adesão expressa, para que quem não haja votado a favor da sua adopção fique por ela vinculado.

Para este autor, é errado conceber a inclusão da cláusula compromissórias no estatuto como um negócio entre a sociedade, enquanto autora da proposta de alteração estatutária e os accionistas presentes na assembleia que, ao votarem a favor dessa alteração, aceitariam a convenção de arbitragem nela incluída e ficariam por esta vinculados, ao invés do que aconteceria em relação aos accionistas dissidentes e ausentes, para os quais faltaria a segunda etapa da formação do contrato, *i.e.*, a aceitação.

Ora, não é o voto emitido na assembleia em que se aprova a inclusão no estatuto da cláusula compromissória que vincula tal accionista aos efeitos desta. Ao votar na assembleia, o accionista, como integrante de um órgão de sociedade, contribui para a formação da vontade social; não manifesta o seu consenso de se submeter àquela cláusula. Se o accionista que votou favoravelmente a inclusão da cláusula compromissória nos estatutos, for considerado como vinculado por ela, não será por força do seu voto, mas sim pela aplicação do princípio da boa-fé objectiva (proibição do *venire contra factum proprium*). Portanto, não pode concluir-se que o voto favorável obriga o accionista e que o voto desfavorável o desobriga.

7. Feito este breve descrição do tratamento que as questões acima enunciadas obtêm noutras ordens jurídicas, vejamos que respostas devem elas ter no âmbito do direito português.

7.1. Perante o direito português, a validade da convenção de arbitragem (seja uma cláusula compromissória seja um compromisso arbitral) depende do cumprimento dos requisitos de forma estabelecidos nos n.ºs 1 e 2 do art. 2.º da LAV.

De acordo com estas disposições, a convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito, considerando-se que cumpre este requisito quando conste ou de documento assinado pelas partes ou de troca de cartas, telex, telegramas ou outros meios de telecomunicações de que fique prova escrita, quer esse instrumentos contenham directamente a convenção, quer

deles conste cláusula de remissão para algum documento em que uma convenção de arbitragem esteja contida⁵⁷.

Resulta destas disposições que a convenção de arbitragem não tem de constar dum texto assinado por todas as partes, mas é necessário que as declarações pelas quais estas se vinculem a fazer dirimir por arbitragem um litígio actual entre elas existente ou os litígios que possam vir a resultar da uma determinada relação jurídica, tenham *forma escrita* (o que não significa que tenham de ter um suporte de papel, pois que podem ter suporte magnético ou electrónico que ofereça a mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação daqueles documentos)⁵⁸.

Por outro lado, quando a sujeição à arbitragem consta, não do próprio documento (escrito, nesta acepção lata) mediante o qual se manifestou a vontade das partes, mas de outro documento para os qual aquele remeta, é necessário que essa remissão para o outro documento donde conste a convenção de arbitragem se faça de modo que ambas as partes tenham ou devam ter consciência de que, por essa via, se vinculam a tal convenção⁵⁹.

Da referida imposição da lei portuguesa, de que a convenção de arbitragem tenha forma escrita, poderia ser-se levado a concluir que quem se torna sócio de uma sociedade em momento posterior à sua constituição, adquirindo ou subscrivendo partes do seu capital, não fica vinculado por uma cláusula compromissória constante dos seus estatutos. Isto, porque

⁵⁷ Não difere substancialmente do art. 2.º da actual LAV, o que se preceituou no artigo 2.º dos Projectos de Nova LAV apresentados, em 2009, 2010 e 2011, pela Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem, sobre os requisitos de validade formal da convenção de arbitragem.

⁵⁸ É este o entendimento autotes portugueses que mais atentamente têm estudado esta temática, como LUÍS DE LIMA PINHEIRO – *ob. cit.*, pp. 99-100; DÁRIO MOURA VICENTE – *A manifestação de consentimento na convenção de arbitragem* – Direito Internacional Privado – Ensaio, vol. II, 2005, Coimbra, Almedina pp. 373-375.

⁵⁹ É o que tem defendido a doutrina portuguesa da especialidade, em face do disposto no artigo 2.º, n.ºs 1 e 2, da LAV; *cf.*, neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO – *ob. cit.*, p. 94, e DÁRIO MOURA VICENTE – *ob. cit.*, p. 382-383. Este último autor defende, contudo, que basta uma referência *genérica* ao documento donde consta a convenção de arbitragem, não sendo necessário que seja feita especificamente a esta, contanto que o documento para que se remete haja sido comunicado à parte a quem essa convenção é oposta. Para DÁRIO MOURA VICENTE, a exigência da “forma escrita” da convenção de arbitragem reside na preocupação sentida pelo legislador de que as partes ponderem devidamente as consequências da sua opção, que se traduz no afastamento da jurisdição dos tribunais estaduais.

a transmissão de partes sociais, mesmo quando deve fazer-se mediante escrito assinado pelo transmitente e pelo transmissário, não é, em regra, acompanhada de remissão para a cláusula compromissória porventura existente nos estatutos nem de qualquer menção que valha como aceitação, ao menos implícita, dessa cláusula (v. para as sociedades em nome colectivo, o art. 182.º, n.º 2, e, para as sociedades por quotas, o art. 228, n.º 1, ambos do C.S.C.).

Por maioria de razão tal conclusão valeria para as sociedades anónimas, visto que a transmissão de acções, qualquer que seja a forma da sua representação (escriturais, tituladas nominativas ou tituladas ao portador), não requer uma declaração escrita do transmissário (v. arts. 80.º, 91.º, 101.º, 102.º e 105.º do Código de Valores Mobiliários).

Também na subscrição de partes sociais através de aumentos do capital de sociedades de qualquer tipo, não há lugar ou oportunidade para que quem por essa via adquira partes de capital faça, por escrito, referência à cláusula compromissória existente nos estatutos ou somente a estes.

Assim sendo, segundo este modo de ver as coisas, faltaria uma convenção de arbitragem capaz de vincular quem, não sendo sócio na data em que a cláusula arbitral foi incluída nos estatutos, só posteriormente viesse a adquirir essa qualidade.

Ainda mais contestável, na mesma óptica, seria a validade da inserção de uma cláusula compromissória nos estatutos, mediante a sua alteração aprovada por maioria ou, pelo menos, a obrigatoriedade de tal cláusula para os sócios que não tivessem participado na votação dessa alteração estatutária ou contra ela houvessem votado. Não tendo esses sócios dado o seu consentimento para a sujeição dos litígios intra-societários a arbitragem, não lhes seria oponível o disposto nessa cláusula compromissória que só vincularia os sócios que a tivessem aprovado e os que expressamente a ela viessem a aderir.

7.2. Embora os argumentos enumerados no número anterior possam impressionar, é noutro sentido que propendemos a responder às questões acima enunciadas.

Começamos por exprimir concordância com as observações de Carlos da Silveira Lobo sobre a especificidade do contrato de sociedade⁶⁰ decorrente da sua natureza de *contrato associativo*, em que as partes não se contrapõem, trocando prestações, como nos contratos bilaterais, mas têm todas um objectivo comum a realizar mediante a sua participação na organização perene criada para esse fim⁶¹.

Subscrevemos também a visão do contrato de sociedade e dos estatutos que dele fazem parte, como um corpo de normas gerais e objectivas destinadas a reger a composição e funcionamento da organização por eles criada e bem assim as relações entre os sócios ou entre estes e a sociedade. Apesar da sua origem contratual, os estatutos constituem um quadro normativo objectivo capaz de regular múltiplas actuações subsequentes, de observância obrigatória pelos sócios presentes e futuros. Consequentemente, quem ingresse na organização societária, manifesta *ipso facto* a vontade de aceitar as disposições dos respectivos estatutos; não só as existentes no momento da aquisição da participação, mas também aquelas que futuramente ali sejam introduzidas, por deliberação da maioria e segundo os procedimentos previstos na lei.

A cláusula compromissória inserida nos estatutos tem natureza similar à das outras disposições que daqueles fazem parte, sendo incorrecto qualificá-la como "pacto parassocial personalíssimo", pelo qual as respectivas partes renunciariam à garantia constitucional de acesso aos tribunais do Estado para defesa dos seus direitos e interesses enquanto membros da sociedade. Também neste ponto parece acertada a crítica de Silveira Lobo à tese de Modesto Carvalhosa⁶².

A disposição estatutária que impõe que os litígios intra-societários sejam resolvidos por via da arbitragem traduz a opção colectiva da socie-

⁶⁰ Embora esse autor brasileiro tenha em vista o contrato de sociedade e o estatuto de sociedade anónima ("companhia"), o essencial do que ele refere a este respeito vale também para o contrato de sociedade e estatuto dos restantes tipos societários.

⁶¹ Isto mesmo é acentuado pela doutrina portuguesa; por exemplo, ANTÓNIO MENESES CORDEIRO (*ob. cit.*, p. 442) escreveu, este respeito: "Na sociedade não há prestações recíprocas, antes uma actuação conjunta ou confluyente, com uma estruturação normativa para futuras actuações" (...) "um pacto social não regula, simplesmente um delimitado círculo de interesses entre as partes que o concluem; ele antes fixa - ou pode fixar um quadro normativo capaz de regular múltiplas situações subsequentes".

⁶² *Obs. cit.* (v. supra ó.2.).

dade por um método de resolução de litígios (entre os sócios ou entre estes e a sociedade ou os seus órgãos) considerado como mais eficiente do que o recurso à jurisdição estadual - opção que é inegavelmente do interesse da organização do grupo societário e é um instrumento do bom funcionamento deste⁶³.

Por outro lado, a adopção da cláusula compromissória estatutária não implica uma diminuição da protecção dos direitos dos sócios perante os outros sócios, a sociedade e os titulares dos seus órgãos ou dos direitos destes e daquela perante os sócios. Com efeito, é a própria Constituição da República Portuguesa que qualifica os tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais, o que implica a equivalência da jurisdição arbitral à exercida pelos tribunais estaduais, estando ambas sujeitas ao mesmo conjunto de garantias que integram o conceito de "processo equitativo" constante do art. 20.º, n.º 4, da Constituição.

Acresce que, como realçamos noutra escrito⁶⁴, quando se submete à arbitragem a resolução dos litígios emergentes de uma relação jurídica, não se faz mais do que *configurar* de outra forma (permitida por lei) o direito da acção enquanto dimensão processual que todo o direito subjectivo comporta⁶⁵.

⁶³ CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO - *A Cláusula Compromissória Estatutária* - Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 22 (Julho-Setembro de 2009), pp. 19-20; e FRANCESCO GENNARI - *ob. cit.*, p. 104. Convergindo com o que se diz no texto, escreveu Francesco Gennari (com referência ao complexo normativo criado com base no contrato de sociedade e no estatutos que dele fazem parte) que "todas as cláusulas estatutárias, incluindo a compromissória, desempenham um papel específico de disciplina e justiça do grupo, que só pode ser lido em combinação com o resto da disciplina social, em que o fim superior da prossecução do interesse do ente colectivo faz evidentemente passar para segundo plano a tutela dos interesses dos indivíduos" (*ob. cit.*, pp. 103).

⁶⁴ *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. 353-378. Tendo particularmente em vista a oponibilidade ao cessionário do crédito, da cláusula compromissória incluída no contrato donde aquele emerge, escrevemos nesse artigo, seguindo a lição de PIERRE MAYER, que "toda a relação jurídica comporta uma dimensão substantiva e uma dimensão processual que normalmente não são separáveis. É a dimensão processual do direito e da relação em que este se integra que é configurada pela cláusula arbitral, de modo que o direito de acção passa a só poder ser exercido por via da arbitragem." (*ob. cit.*, p. 363).

Do que antecede resulta que quem adquire uma participação societária adquire necessariamente os direitos e obrigações que compõem o *status* de sócio, tal como estão plasmados nos estatutos e na lei, incluindo a específica *configuração* da dimensão processual desses direitos operada pela cláusula compromissória estatutária, sem que o adquirente dessa participação tenha de aderir expressamente a cada uma das disposições desses estatutos e sem que possa a elas subtrair-se.

É inquestionável que, quando os direitos que integram o *status* de sócio são alterados através de uma modificação estatutária regularmente deliberada, os sócios que não votaram a seu favor ficam vinculados por tal modificação. Ora, se o efeito da cláusula compromissória inserida nos estatutos é o de dar outra *configuração* à dimensão processual dos direitos dos sócios perante os outros sócios, a sociedade ou os titulares dos seus órgãos bem como dos direitos daquela perante estes ou os sócios, há que concluir que o que vale para a modificação da dimensão material dos direitos dos sócios vale também para a da sua dimensão processual.

A cláusula compromissória incluída nos estatutos pelos sócios fundadores vincula estes, porque tal inserção se fez com plena observância disposto no art. 2.º, n.º 1 da LAV ("por documento assinado pelas partes"). A partir de então, essa cláusula faz parte do quadro normativo interno, objectivo e impessoal que rege o funcionamento da organização societária, as relações entre os seus membros e entre estes e a sociedade e os seus órgãos, não sendo necessária a expressa adesão dos novos sócios ao estipulado nos estatutos e, em particular, à cláusula compromissória nestes incluída para que fiquem por esta obrigados.

Por outro lado, sendo o efeito da cláusula compromissória supervenientemente inserida nos estatutos o de *configurar o direito de acção* inerente aos direitos subjectivos dos vários intervenientes na vida interna da sociedade, direccionando-o para a jurisdição arbitral⁶⁶, essa configuração não pode deixar de vincular todos os sócios, mesmo os que hajam

⁶⁶ Porque, através do órgão através do qual se forma a vontade colectiva da sociedade, esse modo de resolução de litígios intra-societários foi considerado como mais adequado à prossecução do fim social.

votado contra essa alteração estatutária. Também aqui o princípio maioritário tem de prevalecer, como é de regra nas sociedades comerciais⁶⁷.

Respondendo assim às questões enunciadas, formulamos, contudo, o voto de que estes e outros temas que abordaremos adiante, geradores de especiais dificuldades para a arbitragem de litígios societários, venham a ter, na futura Lei da Arbitragem Voluntária, tratamento tão compreensivo como o que lhe deram as legislações estrangeiras atrás mencionadas⁶⁸, com destaque para o Decreto Legislativo n. 5, de 17 de Janeiro de 2005, de Itália, e para o novo art. 11-*bis* da lei de arbitragem espanhola.

8. Mesmo nas ordens jurídicas em que se admite a inserção nos estatutos, nos termos que ficaram explicados, de cláusulas compromissórias com a máxima extensão objectiva e subjectiva, a doutrina mostra grande relutância em admitir, não só *de jure condito* mas também *de jure condendo*, que, relativamente a sociedades cotadas em bolsa ou com capital largamente disseminado (as *public companies* ou *public corporations* dos sistemas anglo-saxónicos, correspondentes às "sociedades abertas" definidas no art. 13.º do Código de Valores Mobiliários), a vinculação a uma cláusula compromissória constante do seus estatutos resulte do mero acto de aquisição de um pequeno lote de acções. Na origem desta orientação, está a circunstância, empiricamente comprovável, de os pequenos investidores que adquirem pequenos lotes de acções dessas sociedades não fazerem usualmente uma investigação prévia sobre o conteúdo dos seus estatutos, o que torna artificioso inferir dessa aquisição uma adesão ao que eles esteja consignado⁶⁹.

⁶⁷ Sobre se nos casos com reduzida expressão prática em que a lei implicou a unanimidade, como acontece nas sociedades em nome colectivo, v. art. 194.º do C.S.C.

⁶⁸ V. o que dissemos em 5.5.1., 5.5.2., 5.5.3. e 5.5.4. *supra*.

⁶⁹ Como reconheceu G. RICHARD SHELL (citado por Perry Herzfeld - *ob. cit.*, p. 307), se o consentimento relativamente a cláusulas arbitrais constantes de estatutos de associações privadas cujos membros partilham interesses comuns pode ver-se como implícito no acto de ingresso na associação, o mesmo não poderá entender-se em relação aos accionistas de *public companies*, que não têm interesses profissionais, pessoais ou religiosos comuns em que se baseie a vontade de se sujeitarem a normas organizativas que sejam inerentes à qualidade de sócio. Assim, para este autor, seria "difícil inferir o consentimento de, literalmente, milhões de accionistas relativamente a uma cláusula arbitral estatutária, do mero facto de todo eles terem decidido comprar acções dessa sociedade".

São, em grande medida, considerações desta natureza que explicam que, em diversas ordens jurídicas, a lei ou os tribunais excluam que através de cláusulas compromissórias inseridas nos estatutos, se sujeitem a arbitragem os litígios que oponham os sócios entre si ou estes à sociedade e aos membros dos seus órgãos. É esse, entre outros, o caso dos direitos alemão e italiano e dos direitos dos estados federados dos EUA (nestes, em particular, quanto aos *derivative claims*)⁷⁰.

Razões adicionais contra a inclusão de cláusulas compromissórias nos estatutos de sociedade abertas são também a percepção de que a sujeição a arbitragem oferece menor protecção ao pequeno accionista do que a jurisdição estadual (pelo que só deve vincular aqueles que tenham aderido conscientemente a esta forma de resolução de litígios) e a ideia de que os pequenos accionistas têm, nas arbitragens societárias, uma posição desequilibrada face à contraparte (que é, em regra, o grupo accionista de controlo ou a sociedade por ele dirigida).

Sem menosprezar as razões de política legislativa que estão na base da não admissão das cláusulas compromissórias estatutárias relativas a litígios suscetíveis em "sociedades abertas"⁷¹, há que convir que, tendo em conta o que acima ficou dito, não são muito convincentes, no plano estritamente jurídico, os argumentos habitualmente aduzidos em apoio da não obrigatoriedade de tais cláusulas para os adquirentes de pequenos lotes de acções. E a verdade é que um número não desprecioso de sociedades deste tipo, incluindo algumas multinacionais com acções cotadas nas principais bolsas de valores do mundo, têm nos seus estatutos cláusulas compromissórias redigidas com grande latitude, tanto sob ponto de vista subjectivo como objectivo⁷².

⁷⁰ V. o referido sobre este ponto em 3. *supra*.

⁷¹ Para uma análise crítica destas razões, à luz da solução consagrada pelo Decreto Legislativo italiano de 17 de Janeiro de 2003, v. VALERIO SANGIOVANNI – *Some Critical Observations on the Italian Regulation of Company Arbitration – The American Review of International Arbitration*, New York, 2006, vol 17/2, pp. 281-291.

⁷² V., por ex., a transcrição da cláusula compromissória constante dos estatutos (*articles of association*) da *Royal Dutch Shell PLC*, in PERRY HERZFELD – *ob. cit.*, pp. 326,328. Por se ter consignado nesta cláusula compromissória que o lugar das arbitragens por ela reguladas é a Haia, Holanda, a *lex arbitri* desta arbitragem é o direito holandês.

Importa recordar que a validade e a aplicabilidade dessas cláusulas compromissórias em relação a um concreto litígio dependerão da posição adoptada pela *lex arbitri*, pois que é esta que rege a arbitrabilidade do litígio.

Note-se também que a eventual inadmissibilidade da inserção nos estatutos de "sociedades abertas" de cláusulas compromissórias como as aqui examinadas não implica que litígios *actuais* surgidos no seio dessas sociedades não possam ser submetidos a arbitragem mediante um compromisso arbitral⁷³.

V) Requisitos de arbitrabilidade das acções de invalidade de deliberações sociais

a) Possibilidade de intervenção de terceiros

9. Entre as categorias de litígios intra-societários que podem ser submetidos à arbitragem, os que respeitam a acções de anulação ou de declaração de nulidade de deliberações de órgãos sociais são os que suscitam maiores dificuldades.

Exprimimos acima a opinião de que as acções tendentes a fazer declarar a nulidade de deliberações sociais não são arbitráveis ao abrigo do art. 1.º, n.º 1, da nossa LAV, porque, nessas acções, o litígio versa sobre um direito indisponível⁷⁴. Referimos também que a idêntica conclusão têm chegado a doutrina e a jurisprudência no âmbito de outras ordens jurídicas que também delimitam o campo da arbitrabilidade em função do critério de "disponibilidade de direito controvertido".

Se, numa futura lei de arbitragem, vier a adoptar-se um critério de arbitrabilidade que (nesta e noutras matérias) crie menos dificuldades do que o consagrado na LAV actualmente vigente – o que acontecerá

⁷³ Neste sentido, quanto ao direito alemão, v. BERNARD HANOTIAU – *L'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés – Liber Amicorum Claude Reymond* – 2004, Paris, Litec, p. 9; v., quanto ao direito italiano, FRANCESCO GENNARI – *ob. cit.*, p. 87, e Giorgio Barbieri e Enrico Bella – *Il Nuovo Diritto dell'Arbitrato*, 2007, Padova, Cedam, pp. 447-448 e nota 6.

⁷⁴ V. 3. *supra*.

se se acolher o critério da "patrimonialidade do interesse em litígio", como se propôs nos Projectos de Nova LAV apresentados pela Direcção da A.P.A. ao Ministério da Justiça em 2009 e 2010, – as acções que visem a declaração de nulidade de deliberações sociais passarão a ser indubitavelmente arbitráveis.

Outros obstáculos enfrenta, porém, a possibilidade de sujeição a árbitros tanto das acções tendentes à declaração de nulidade de deliberações sociais quanto das que visem a sua anulação. É à análise desses obstáculos e da forma de os superar que passamos de seguida.

9.1. Uma acção de anulação de deliberação social proposta perante árbitros deve ser movida contra a sociedade, por força do disposto no art. 60.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, que traduz um princípio geral de legitimidade processual relativo às acções de anulação ou declaração de nulidade das deliberações dos órgãos sociais que é, por isso, aplicável aos processos arbitrais com esse objecto⁷⁵. Isto, sem se ignorar que tais acções afectam os interesses de outros sujeitos, além dos accionistas que propõem a acção e da sociedade contra a qual é posta.

9.2. Entende-se pacificamente, na doutrina portuguesa, que o art. 61.º, n.º 1, do C.S.C., que estende a eficácia da decisão judicial proferida sobre a invalidade da deliberação social a todos os sócios e órgãos da sociedade, "mesmo que não tenham sido partes ou hajam intervindo na acção"⁷⁶, constitui um caso de *extensão dos limites subjectivos do caso julgado*⁷⁷.

Como salienta Jorge Pinto Furtado, este artigo confere a tal sentença uma *eficácia geral* no seio da *sociedade*: a sentença, quer tenha optado pela subsistência da deliberação quer pela insubsistência, produz efeitos em relação a todos os *sócios* e aos *titulares dos órgãos sociais* (eficácia

⁷⁵ Como salienta JORGE PINTO FURTADO (*in* Deliberações de Sociedades Comerciais – 2005, Almedina, Coimbra, p. 829), a deliberação dos sócios deve ser considerada uma deliberação da *própria sociedade*, o que justifica que esta deva ocupar a posição de *demandada* nas acções de anulação ou de declaração de nulidade daquela.

⁷⁶ Neste sentido, v. J. PINTO FURTADO – *ob. cit.*, p. 808.

⁷⁷ J. F. REMÉDIO MARQUES – *A Acção Declarativa à Luz do Código Revisto* – 2.ª ed., 2011, Coimbra Editora, Coimbra, p. 696.

erga omnes socios organaque societatis)⁷⁸. Por efeito daquele artigo, "a esses terceiros (na acepção de não serem sujeitos da relação processual estabelecida) se propaga o caso julgado entre outro sócio e sociedade a respeito da existência, eficácia e validade de uma deliberação, como lógico e naturalíssimo corolário de a deliberação, uma vez emitida, ser em princípio idónea para a produção de efeitos em relação a todos os sócios e órgãos sociais, vinculando todos por igual, mesmo aqueles que contra ela votaram (...) Ao verso de uma deliberação que se forma com eficácia geral, no seio da sociedade, contrapõe-se naturalmente o reverso da eficácia, também geral, do caso julgado sobre a sua existência, eficácia e validade: oponível à sociedade, sê-lo-á também, naturalmente aos seus sócios, mesmo não litigantes"⁷⁹⁻⁸⁰.

Em nossa opinião, a justificação ou *razão de ser*, no plano do direito processual, da extensão dos limites subjectivos do caso julgado das sentenças referidas no art. 61.º, n.º 1, do C.S.C., reside na possibilidade que tinham os terceiros aos quais se estendem os efeitos do caso julgado daquela sentença, de participarem na acção em que foi proferida mediante uma das figuras de "intervenção de terceiros" previstas e regulados nos arts. 325.º a 329.º, 330.º a 333.º, 335.º a 341.º, 342.º a 346.º e 347.º a 350.º do C.P.C.

Note-se que, para a lei, é suficiente a mera *possibilidade* de todos os sócios e órgãos da sociedade *terem sido partes* na acção respectiva ou *terem vindo a intervir* nela, para determinar que seja eficaz contra eles

⁷⁸ J. PINTO FURTADO – *ob. cit.*, pp. 805-806.

⁷⁹ J. PINTO FURTADO – *ob. cit.*, pp. 814-815.

⁸⁰ PAULA COSTA E SILVA, em estudo recentemente publicado (*Arbitrabilidade e Tutela Colectiva das Deliberações Sociais* – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida – Vol. IV, Almedina Coimbra, 2011, pp. 357-391, e especificamente sobre este ponto, p. 389), salienta que "seria incongruente aceitar que a deliberação fosse anulada ou declarada nula e que a decisão que decreta esse efeito tivesse eficácia restrita às partes na acção – v. g., um sócio e a sociedade – continuando, necessariamente, a considerar-se válida no confronto da sociedade e dos demais sócios", o que coloca à disposição das arbitragens que tenham por objecto aqueles pedidos desafios e dificuldades de difícil solução. A dimensão destas dificuldades, combinada com a incompletude do regime constante do Código das Sociedades Comerciais e aplicável à impugnação de deliberações sociais, leva esta autora a propor que se escolha um novo paradigma processual para o contencioso das deliberações sociais (*ob. cit.*, p. 391).

a sentença que anule ou declare nula a deliberação social – *cf.* o art. 61.º, n.º 1, *in fine*, do C.S.C.

9.3 Será o n.º 1 do art. 61.º do C.S.C. aplicável, por analogia, às acções que visem a anulação ou a declaração a nulidade de deliberações sociais e sejam intentadas perante árbitros?

Se for correcta a proposição que formulámos, de que a razão de ser do alargamento dos limites subjectivos de caso julgado consagrado no art. 61.º, n.º 1, do C.S.C. reside na possibilidade que a lei processual civil oferece aos terceiros a que se estende a eficácia do caso julgado da sentença proferida nessas acções, de nestas intervirem, desenvolvendo aí actividade processual própria⁸¹, a resposta à questão acima enunciada dependerá de a lei reguladora da arbitragem (*lex arbitri*) ou a convenção de arbitragem (incluindo o regulamento para que ela remeta) admitirem a “intervenção de terceiros” em arbitragens em curso. E a extensão dos limites subjectivos do caso julgado resultante desta sentença arbitral dependerá da latitude com que a intervenção de terceiros (que, não sendo partes na arbitragem em curso, sejam partes da convenção de arbitragem⁸²) for admitida na arbitragem em curso, visto que é esta que justifica aquela.

A descon sideração da dependência lógica entre estes dois institutos implicaria uma grave violação do princípio fundamental da proibição da indefesa, que veda que quem seja titular de interesses que possam ser afectados por um processo em que não interveio por não lhe ser permitido, seja atingido pelo caso julgado da sentença nele proferida.

9.4 Argumentar com a automática transponibilidade dos institutos de direito processual civil (e.g., a intervenção de terceiros) para arbitragem não vale, porque essa transponibilidade é de recusar. A disciplina da arbi-

⁸¹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA – Estudos sobre o Novo Código do Processo Civil, 1997, Lex, Lisboa, p. 588.

⁸² Este é um requisito indispensável para que um terceiro possa intervir numa arbitragem em curso, dado o facto de a jurisdição do tribunal arbitral ter como fundamento a convenção de arbitragem. É de notar que este requisito não implica que o terceiro seja parte inicial dessa convenção; basta que se torne subsequentemente parte dela, com o consentimento das outras partes da mesma.

tragem é uma forma de resolução jurisdicional de litígios que difere, em aspectos importantes, do processo vigente no tribunais estaduais, sendo hoje predominante na doutrina o entendimento que nega a aplicabilidade *em bloco* ao processo arbitral das normas e institutos do direito processual civil. É indubitável que o regime jurídico da arbitragem recebe daquele direito os conceitos e princípios fundamentais que regem todos os meios jurisdicionais de resolução de litígios, mas a aplicabilidade dos institutos do processo civil ao processo arbitral deve passar pelo crivo da sua necessidade para a eficiente disciplina do processo arbitral e da sua adequação à específica natureza da arbitragem, o que terá sempre de se apurar em relação a cada um deles⁸³.

Em particular, há que ter em atenção as diferenças decorrentes do âmbito universal da jurisdição dos tribunais estaduais e do carácter restrito da jurisdição dos tribunais arbitrais, que limitada aos sujeitos que sejam partes na arbitragem e a outros que, sendo partes da respectiva convenção, tenham intervindo ou tivessem podido intervir naquela.

9.5 Tem o maior interesse para o esclarecimento desta questão referir o tratamento que lhe tem dado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*), iniciada por um acórdão de 29.03.1996 e consolidada, com fundamentação laboriosamente construída, por um subsequente acórdão, de 6.04.2009⁸⁴, que admitiu a arbitrabilidade das acções de anulação e de declaração de nulidade de deliberações sociais⁸⁵ de sociedades de responsabilidade limitada (*Gesellschaften mit*

⁸³ Se for de concluir pela aplicação do n.º 1 do art. 61.º do C.S.C. às arbitragens que versem sobre as controvérsias neste referidas, nenhuma razão haverá para que não se aplique também (por analogia) a disposição contida no n.º 2 do mesmo artigo, que estabelece uma mitigação da extensão dos limites subjectivos do caso julgado imposta pelos vectores gerais do ordenamento jurídico nomeadamente, o princípio da boa fé e protecção da confiança. Sobre a razão de ser desta disposição, v. J. PINTO FURTADO – *ob. cit.*, p. 832; A. MENESES CORDEIRO – *ob. cit.*, p. 758-759.

⁸⁴ Acessível em <http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/>

⁸⁵ Até ao acórdão do BGH de 29.03.1996, em orientação muito firme da jurisprudência dos tribunais alemães (acompanhada pela maioria da doutrina), a de considerar que estas acções não podiam ser decididas por árbitros. Naquele acórdão, o BGH deu, cautelosamente, um primeiro passo no sentido da admissão da arbitrabilidade destas acções, enunciando as principais condições que deveriam ser preenchidas para que tal fosse possível, mas, por entender que o cumprimento destas condições só poderia ser assegurado pelo

*beschränkter Haftung*⁸⁶), sob condição de a convenção de arbitragem preencher um conjunto de requisitos que podem resumir-se assim:

- (a) Ter esta convenção de arbitragem sido inserida nos estatutos da sociedade, com o consentimento de todos sócios, ou constar de documento separado e subscrito por todos os sócios e pela sociedade ("requisito da unanimidade");
- (b) Estipulação (nessa convenção) de que a sociedade contra a qual é posta a acção, deve notificar todos os accionistas de que teve início o processo arbitral, de modo a permitir-se-lhes que nele intervenham, pelo menos, como assistentes (*Nebenintervenient*), devendo, também, nessa notificação, serem eles convidados a declarar, no prazo que se lhes for fixado, se querem intervir na lide ao lado do sócio que iniciou o processo ou ao lado da sociedade ("requisito da notificação");
- (c) Atribuição a todos os sócios do direito de participarem na escolha dos árbitros⁸⁷, a menos que esta seja confiada a pessoa ou instituição neutral e definida *ex ante* na convenção de arbitragem; em alternativa, se uma parte do processo arbitral for constituída por vários sujeitos, estes deverão poder escolher o árbitro respectivo, por decisão maioritária ("requisito da imparcialidade");
- (d) A convenção de arbitragem deve assegurar que todos os litígios sobre a validade de deliberações sociais e relativos a idênticas questões de facto e de direito, serão decididos pelo mesmo tribunal arbitral ("requisito da concentração")⁸⁸.

legislador, remeteu para este a solução da questão. No entanto, dado que o legislador optou por não regular esta matéria (na reforma do regime da arbitragem de 1998), devolvendo aos tribunais essa responsabilidade, o BGH acabou por ter de assumir, o que fez através do seu acórdão de 6.04.2009.

⁸⁶ Que correspondem às sociedades por quotas portuguesas; é lícito presumir que esta jurisprudência venha a ser estendida às sociedades anónimas "fechadas".

⁸⁷ Segundo o Acórdão em apreço, este é um requisito indispensável, porque serve para compensar a ausência de um juiz estadual independente.

⁸⁸ Nas referências que no texto fazemos ao conteúdo deste acórdão, sucurremo-nos da sua tradução para inglês e do comentário ao mesmo, da autoria dos advogados alemães Anja Mayer e Heiko Heppner (da sucursal alemã da firma de advogados *Clifford Chance*), publicado no n.º 24 (Janeiro-Março de 2010) da *Revista de Arbitragem e Mediação* (de São Paulo, Brasil). Estes autores assinaram também outro comentário mais resumido ao

Para assegurar o cumprimento deste último requisito, o BGH admitiu que se adoptasse uma de duas soluções: ou a cláusula arbitral estatutária designa os árbitros ou indica uma entidade neutral que efectuará essa designação ou contém uma disposição que impeça outro demandante de propor a acção de invalidade da deliberação perante um tribunal arbitral diferente; em qualquer caso, se a cláusula compromissória estatutária não designar os árbitros, tem de prever um processo especial para a sua escolha.

O que sobretudo determinou a prolação deste importantíssimo acórdão foi o facto de, dado o silêncio da lei de arbitragem alemã relativamente às condições de arbitrabilidade das acções de invalidade de deliberações sociais, o BGH ter entendido que tinha de formular os requisitos a preencher pela convenção de arbitragem para que as decisões proferidas em arbitragens com este objecto não vinculassem apenas quem nela tivesse sido parte, antes pudessem ver sua eficácia estendida a todos os outros sócios e aos membros dos órgãos das sociedades em causa, tal como, em relação às decisões dos tribunais estaduais que declarem a nulidade ou anulam deliberações sociais, determinam os §§ 248 (1) e 249 (1) da Lei das Sociedades Anónimas (*AktG*), que se considera aplicáveis às sociedades de responsabilidade limitada (*GmbH*).

Num seu anterior acórdão, datado de 29.03.1996, o BGH havia afirmado que a extensão⁸⁹ da eficácia do caso julgado das sentenças proferidas em acções de declaração de nulidade ou de anulação de deliberações sociais, por força do disposto nos §§ 248 (1) e 249 (1) da Lei das Sociedades Anónimas, assenta em dois pilares: (a) concentração, através da apensação, imposta pelo seu § 246 (3)⁹⁰, de todas as acções que versem sobre a invalidade da mesma deliberação social, para que sejam julgadas, em conjunto, pelo tribunal na circunscrição da sede da sociedade, evitando-se decisões judiciais contraditórias sobre a matéria; (b) a imposição a quem não seja parte no processo, do acatamento da decisão proferida, em virtude de esta ter sido preferida através de um

mesmo acórdão, publicado na edição de 03.09.2009 da Newsletter electrónica *International Law Office*.

⁸⁹ A todos os sócios e membros dos órgãos da sociedade, mesmo que essas pessoas não tenha sido partes na respectiva acção.

⁹⁰ Tal como se dispõe no art. 60.º, n.º 1, do C.S.C. português.

processo público, com estrita observância das garantias legalmente estabelecidas, por juízes independente e imparciais que aplicam objectivamente o direito. Na falta de normas legais que assegurassem o preenchimento dessas condições nos processos arbitrais, entendeu o BGH, naquele acórdão, que estes processos não reuniam condições que permitissem conferir às decisões neles proferidas *eficácia externa* equivalente à que caracteriza as sentenças dos tribunais estaduais nas referidas acções.

Pelo acórdão de 6.04.2009, o Supremo Tribunal veio alterar significativamente a sua anterior posição sobre esta matéria⁹¹. Em vez de negar – como implicitamente fizera no acórdão de 1996 – a equiparação do processo arbitral ao que corre perante os tribunais judiciais e a equivalência dos efeitos das decisões proferidas num e noutro sobre a invalidade de deliberações sociais, o Supremo Tribunal Alemão considerou agora que os litígios sobre a validade das deliberações das sociedades de responsabilidade limitada só podem ser decididos por arbitragem, se a convenção de arbitragem preencher determinados requisitos que garantam que o processo arbitral se desenrole por forma a assegurar tutela jurídica equivalente à proporcionada pelo tribunais ordinários, isto é, que os direitos processuais proporcionados, na arbitragem, a todos os sócios se conformam com certos padrões mínimos decorrentes do princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*) e que a decisão arbitral proferida sobre essa matéria proporciona a todos os sócios a mesma protecção jurídica que o processo judicial oferece através do disposto nos §§ 248 (1) e 249 (1), 1.ª parte, da *AktG*⁹².

Em apoio do seu novo entendimento sobre a possibilidade de submissão a árbitros das acções de invalidade de deliberações de sócios de sociedades de responsabilidade limitada e sobre os requisitos que a convenção de arbitragem deve preencher para que se cumpra o supra-referido desiderato, o Supremo Tribunal Federal Alemão salientou que a convenção de arbitragem, como contrato processual que é, deve respeitar

⁹¹ V. o supracitado comentário da autoria ANTA MAYER e HEIKO HEPPNER – *ob. cit.*, pp. 311-346; e também a anotação dos mesmos autores ao mesmo acórdão, publicado na edição de 03.09.2009 da Newsletter electrónica *International Law Office*.

⁹² Que determina que a sentença de um tribunal estadual que anule ou declare nula uma deliberação social vincula todos os sócios e membros dos órgãos sociais, mesmo que essas pessoas não tenham sido partes na acção.

o disposto no § 138 (1) ⁹³ do Código Civil Alemão (BGB), sob pena de nulidade.

Segundo o acórdão em apreço, a convenção de arbitragem que tiver por efeito uma excessiva limitação da protecção jurídica é nula, por força do disposto no § 138 (1) do BGB, cuja função é assegurar a observância dos princípios fundamentais, incluindo o princípio constitucional do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*), e impedir que eles sejam violados pelo que seria um abuso da liberdade de contratar.

Uma vez que princípio do Estado de Direito exige que, nos litígios de direito privado, seja assegurada às partes efectiva protecção jurídica, não podem as regras jurídicas que proporcionam tal protecção ser afastadas por contrato, salvo em aspectos que não sejam de substância. Por conseguinte, se a convenção de arbitragem tiver por efeito colocar uma parte em injustificada desvantagem, nomeadamente, por causa dos efeitos legais da sentença arbitral, essa cláusula arbitral será contrária aos bons costumes (*gute Sitten*) e será, portanto, nula.

Partindo destas considerações, o BGH enunciou os sobreditos requisitos que a cláusula compromissória estatutária deve preencher, determinando que são todos necessários para assegurar o cumprimento das exigências de protecção jurídica decorrentes do §138 (1) do Código Civil, as quais, aplicadas ao caso *sub judice*, implicam que o processo arbitral e a decisão nele proferida proporcionem padrões de protecção jurídica equivalentes aos que determinados pelos §§ 246 (3), 248 (1) e 249 (1), 1.ª parte, da *AktG* relativamente às acções de invalidade de deliberações sociais instauradas perante os tribunais estaduais⁹⁴.

⁹³ Este § dispõe que “um negócio jurídico que seja contrário os bons costumes (*gute Sitten*) é nulo”. Dado que no BGB não se distingue (ao contrário que acontece no Código Civil português) entre “ordem pública” e “bons costumes”, o conceito de *gute Sitten*, no direito alemão, tende a abranger não só os princípios cogentes do ordenamento jurídico, que integram não só o que no direito português (e noutras ordens jurídicas) se designa por “ordem pública”, mas também o conjunto de regras ligadas à “moral social”, que correspondem ao que no direito português se designa por “bons costumes”. Como é bom de ver, a invocação dos *gute Sitten*, feita no acórdão do BGH apreciado no texto tem muito mais que ver com o conteúdo do conceito de “ordem pública” do direito português do que com aquilo que, no âmbito deste, integra o conceito de “bons costumes”. Sobre esta matéria, v. ANTONIO MENEZES CORDEIRO – Teoria Geral do Direito Civil – Parte Geral – Tomo I, 3.ª ed., 2005, Almedina, Coimbra, p. 551.

⁹⁴ Embora este acórdão do BGH tenha sido proferido relativamente a uma cláusula arbitral inserida nos estatutos de uma sociedade por quotas, o Presidente da Câmara Civil

A argumentação do BGH, fazendo derivar do princípio constitucional do Estado de Direito uma densificação do conteúdo preceptivo do princípio consagrado no § 138 (1) do Código Civil Alemão, de que extrai as referidas exigências a cumprir pela convenção de arbitragem, assim erigidas em requisitos de arbitrabilidade desta categoria de litígios intra-societários, foi logo criticada por alguns comentadores alemães⁹⁵. Não entraremos, contudo, nessa discussão que interessa sobretudo aos juristas e aos utilizadores da arbitragem de litígios societários regida pelo direito alemão.

O que aqui importa realçar é que o preenchimento de (quase) todos os referidos requisitos a preencher pelas convenções de arbitragem respeitantes a esta categoria de litígios, é condição necessária para que às sentenças arbitrais que os decidam possa, em conformidade com a lei, ser reconhecida *eficácia geral no seio da sociedade*, como acima se explicou. Se isso não acontecer, a arbitragem constituirá inevitavelmente um método de resolução destes litígios menos eficiente do que o recurso aos tribunais estaduais, por não ser capaz de assegurar, de modo equivalente a este, a protecção dos direitos dos sócios e do interesse da sociedade em que as suas deliberações se tornem estáveis e imutáveis⁹⁶.

9.6 Também no regime italiano da arbitragem de litígios societários se estabelece uma clara ligação entre, por um lado, a *eficácia geral no seio da sociedade* (abrangendo a própria sociedade, os seus órgãos e todos os sócios, ainda que não tenham participado na arbitragem⁹⁷),

do BGH que o proferiu deu entender, em artigo publicado posteriormente numa revista jurídica, que o Tribunal Federal provavelmente viria a estender a doutrina deste acórdão a sociedades anónimas fechadas (isto é, não subsumíveis ao conceito correspondente ao de "sociedade aberta" do direito português).

⁹⁵ V. o supracitado artigo de ANJA MAYER e HEIKO HEPNER, publicado no n.º 24 (Janeiro-Março de 2010) da Revista de Arbitragem e Mediação, pp. 338-345.

⁹⁶ O que, como realçou J. PINTO FURTADO, implica que "aquele concreto vício (da deliberação) que foi discutido, ou existe para todos no termos fixados pela sentença proferida na acção suscitada, ou também para todos não existe, se assim tiver antes sido decidido – ficando em ambos os casos precludida quanto a todos, tenham ou não participado nessa acção; a susceptibilidade da renovação ou repetição da causa" (*ob. cit.*, p. 815).

⁹⁷ Embora o art. 35 (5) do Decreto Legislativo n.º 5, de 17 de Janeiro de 2003, apenas disponha que a sentença arbitral é vinculativa para sociedade, é praticamente pacífico na doutrina italiana que a eficácia da sentença se estende a todos os sujeitos que são vincula-

e, por outro lado, a ampla possibilidade oferecida a todos os sujeitos vinculados pela cláusula compromissória (os sócios, a sociedade e os titulares dos órgãos sociais) de participarem nos processos arbitrais em curso, mediante intervenção voluntária ou provocada⁹⁸.

9.7 Solução semelhante à legalmente consagrada no direito italiano deve, a nosso ver, ter-se como válida no âmbito do direito português, não obstante o silêncio da L.A.V. a este respeito.

Como atrás salientámos, a justificação ou *razão de ser* da extensão dos limites subjectivos do caso julgado das sentenças referidas no art. 61.º, n.º 1, do C.S.C. reside na possibilidade que a lei abre a todos os sujeitos aos quais se estendem os efeitos desse caso julgado, de intervirem nas acções respectivas, mediante intervenção espontânea ou provocada⁹⁹.

Por um lado, é conforme ao fundamento contratual da arbitragem que a decisão final nesta proferida possa obrigar todos os que são partes na (ou são vinculados pela) convenção de arbitragem. Por outro lado, não deflui dos vectores fundamentais do sistema (nomeadamente, a proibição de indefesa) nenhum impedimento a que a sentença que decidiu essa acção arbitral produza também efeitos em relação a alguém que, sendo parte na convenção de arbitragem e não tendo participado na acção arbitral naquela baseada, podia ter nesta intervindo, quer por chamamento das partes iniciais quer por sua iniciativa¹⁰⁰.

dos pela cláusula compromissória (sócios e titulares de órgãos sociais), v., neste sentido, MASSIMO BENEDETTELLI, CLAUDIO CONSOLÒ, LUCA RADICATI DI BROZOLO – *ob. cit.*, p. 422, e os autores aí citados.

⁹⁸ V. o art. 35 (2) do Decreto Legislativo n.º 5, de 17 de Janeiro de 2003; quanto à intervenção voluntária, esta disposição confere tal faculdade a qualquer terceiro, mesmo que não sujeito à cláusula compromissória; no que toca à intervenção provocada, aquela disposição facultava expressamente aos sócios, mas a doutrina estende essa possibilidade a todos os terceiros vinculados à cláusula compromissória (i.e., sociedade e titulares de órgãos sociais) – v. MASSIMO BENEDETTELLI, CLAUDIO CONSOLÒ, LUCA RADICATI DI BROZOLO – *ob. cit.*, p. 420-421 e os autores aí citados.

⁹⁹ Recorde-se que, para o art. 61.º, n.º 1, in fine, do C.S.C., é suficiente a possibilidade de todos os sócios e órgãos da sociedade terem sido partes na acção respectiva ou de terem nela intervindo, para que seja eficaz contra eles a sentença que anule ou declare nula a deliberação social.

¹⁰⁰ Este é um requisito verdadeiramente essencial. Como salientou Paula Costa e Silva (*ob. cit.*, pp. 380-381 e 388), a equivalência das jurisdições estadual e arbitral, que a

Se é verdade que a actual L.A.V. não prevê expressamente a intervenção de terceiros nas arbitragens que regula, certo é que ela também não contempla outros institutos que são essenciais para assegurar eficiência à arbitragem enquanto meio jurisdicional de resolução de litígios – como, por exemplo, a existência de pluralidade inicial de partes, quer sob a forma de litisconsórcio quer de coligação¹⁰¹ e o decretamento de medidas cautelares pelos árbitros¹⁰² – e que hoje se considera generalizadamente serem admissíveis na arbitragem, a menos que a respectiva convenção as tenha excluído.

Não vemos, por isso, no direito português vigor, qualquer obstáculo à intervenção de terceiros em arbitragens em curso, desde que estes sejam partes na respectiva convenção de arbitragem ou a esta adiram, com o consentimento de quem já seja parte no processo arbitral.

É, no entanto, da maior conveniência que esta matéria seja adequadamente regulada na futura Lei da Arbitragem Voluntária. Além disso, independentemente do que essa futura lei venha a dispor, é aconselhável que se dissipem possíveis dúvidas através da regulamentação desta matéria na convenção de arbitragem, directamente¹⁰³ ou através da remissão que nela se faça para um regulamento de arbitragem onde esta matéria tenha adequado tratamento¹⁰⁴.

b) Modo de designação dos árbitros

10. António Menezes Cordeiro chamou a atenção para o facto de a deliberação social, apesar de conceptualizada como vontade do colec-

Constituição da República consagra, assente na premissa de que ambas estejam submetidas ao mesmo esquema de garantias, nomeadamente, a não extensão do efeitos da decisão a quem não teve possibilidade de intervir na acção em que ela foi proferida.

¹⁰¹ Admitindo a coligação passiva nas arbitragens, v. Acórdão da Relação de Lisboa, de 18.05.2004, *Colectânea de Jurisprudência*, 2004, T. III, p. 76-81).

¹⁰² V., entre outros, J. P. REMÉDIO MARQUES – *ob. cit.*, pp. 51-53, nota 4, e doutrina e jurisprudência aí citadas.

¹⁰³ Adoptando-se, por exemplo, o que sobre esta matéria (e outros pontos com esta relacionados) consta da cláusula compromissória modelo apresentada no final deste artigo, cuja inserção no estatutos recomendamos.

¹⁰⁴ Cfr. por ex., o art. 25.º do Regulamento do Centro de Arbitragem da C.C.I.P. (Lisboa) e o art. 17(5), Regulamento de Arbitragem da UNCTRAL, de 2010.

tivo societário, não ser mais do que o resultado da imputação de uma proposição originada em decisões humanas que são transpostas para a pretensa “vontade colectiva” por meio de esquemas abstractos, suportados em normas jurídicas¹⁰⁵.

Sendo assim, há que ter presente que a acção de anulação ou de declaração de nulidade de uma deliberação social (que traduz aquela vontade) opõe, por um lado, o interesse do(s) impugnante(s) – um ou mais sócios que não votaram a favor dela, o órgão de fiscalização da sociedade ou, na acção de declaração de nulidade, qualquer interessado – que pede(m) que retroactivamente se destruam ou se declarem como nunca verificados os efeitos jurídicos que a deliberação tinha vocação para produzir e, por outro lado, os interesses dos que querem que ela subsista e produza efeitos¹⁰⁶.

À luz deste entendimento, é legítimo concluir que nas arbitragens que tenham por objecto pedidos de invalidação de deliberações sociais é sempre detectável, do lado da demandada, uma pluralidade de interesses, não necessariamente coincidentes. Mas não só isto. Nas arbitragens com este objecto, a multipolaridade de interesses acresce ou pode crescer a multiplicidade de partes (multipartidismo processual), devido à possível admissibilidade de intervenção de terceiros¹⁰⁷.

Bem se compreende, portanto, que o modo normal de constituição do tribunal arbitral – formado, em regra, por três árbitros, dos quais o demandante designa um, o demandado designa outro e o terceiro é escolhido, de comum acordo, por aqueles árbitros ou pelas partes ou, na falta desse acordo, pela autoridade de nomeação (que pode ser um

¹⁰⁵ *Ob. cit.*, p. 685-686. Este autor salienta ainda que as deliberações sociais, embora assentem em declarações de vontade dos sócios (os respectivos votos), são deliberações do órgão a que pertencem, sendo depois imputadas à sociedade (*ob. cit.*, p. 693).

¹⁰⁶ A real contraparte do impugnante da deliberação não é a sociedade, que só por razões formais (pelo imperativo de legitimidade processual supramencionado) figura como demandada na acção, mas sim o conjunto dos sócios que votaram a favor daquela e pretendem a sua manutenção, posição que, em muito casos, será também a dos titulares dos órgãos sociais (ou de parte deste).

¹⁰⁷ Sobre este ponto, v. FRANCESCO GENNARI – *ob. cit.*, pp. 1109-1116; MASSIMO BENEDETTI, CLAUDIO CONSOLO, LUCA RADICATI DI BROZOLO – *ob. cit.*, pp. 400 e 411-412.

tribunal estadual) – não se adequa à multipolaridade de interesses e à multiplicidade de partes que caracteriza estas acções.

Assim, nesta categoria de arbitragens, devido ao seu possível multipartidismo, o método de designação dos membros do tribunal arbitral deve impreterivelmente assegurar que as diversas partes não fiquem desigualmente colocadas, o que só se consegue se a nomeação de todos os árbitros for feita por uma entidade *neutral* em relação aos vários interesses contrapostos na arbitragem. Isto, para que aqui se respeite a solução que, para a generalidade das arbitragens multipartidas, foi consagrada na grande maioria das leis e regulamentos de arbitragem, na sequência do Acórdão proferido pela *Cour de cassation* francesa, em 1992, no caso *Ducto*¹⁰⁸.

Reconhecendo a essencialidade deste ponto, o Decreto Legislativo italiano de 17 de Janeiro de 2003, que criou um regime especial para o contencioso judicial e arbitral de litígios societários, impôs (sob cominação de nulidade) como um dos requisitos a preencher pela cláusula compromissória estatutária respeitante a tais litígios, que a designação dos árbitros fosse cometida a uma “entidade estranha à sociedade ou, se esta não fizesse tal designação, ao tribunal estadual do local da sede societária”¹⁰⁹.

Por outro lado, como atrás se referiu, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão já vinha exigindo, desde 1996, que, para estas acções, a cláusula compromissória estatutária assegurasse a todos os sócios iguais oportunidades de participarem na constituição do tribunal arbitral¹¹⁰, tendo esse Supremo Tribunal determinado, no seu acórdão de 6.04.2009, que a designação dos árbitros, se não fosse feita nos próprios estatutos, deveria ser cometida pela cláusula compromissória a uma entidade “neutra”.

Em Espanha, o novo artigo 11 *bis* da Lei de Arbitragem, introduzido pela recente reforma de que esta foi objecto, veio dispor, no seu n.º 3,

¹⁰⁸ Sobre este tema, tratado em vastíssima literatura, v., entre outros, MANUEL BOTELHO – *ob. cit.*, *passim*.

¹⁰⁹ V. Decreto Legislativo n. 5, de 17 de Janeiro de 2003, art. 34 (2).

¹¹⁰ Recorde-se que, no Acórdão do BGH de 2009, considerou que este requisito serve para compensar a ausência de um juiz estadual independente, este é um requisito indispensável, porque serve para compensar a ausência de um juiz estadual independente

que os estatutos sociais podem estabelecer que a impugnação de deliberações sociais pelos sócios ou administradores fique submetida à decisão de um ou vários árbitros, confiando-se a administração da arbitragem e a designação dos árbitros a uma instituição arbitral¹¹¹.

Perante o silêncio da lei portuguesa e a total ausência de tratamento desta problemática na doutrina e jurisprudência dos tribunais portugueses, entendemos que a solução mais conforme aos princípios fundamentais do direito português aplicáveis a esta matéria é igualmente a de se exigir que, nas acções de anulação ou de declaração de nulidade de deliberações sociais submetidas a arbitragem, a designação de todos os árbitros seja feita por um entidade *neutra* relativamente às partes do litígio.

Se assim não se fizer, não se cumprirá o inderrogável princípio de igualdade das partes, na sua vertente respeitante à constituição do tribunal arbitral, pelo que a sentença arbitral poderá vir a ser anulada ao abrigo do art. 27.º, n.º 1, b), da LAV.

e) Informação aos outros sócios sobre a acção arbitral iniciada

11. Para permitir que outros sócios, além dos autores da acção arbitral de anulação ou de declaração de nulidade de deliberação social, possam nesta intervir, através de uma das modalidades de “intervenção de terceiros” admitidas pela convenção de arbitragem (incluindo o regulamento para que ela remeta) ou pela lei, impõe o direito italiano¹¹² que o requerimento de arbitragem deduzido pela ou contra a sociedade seja depositado no “registo das empresas”, ficando acessível a todos os

¹¹¹ A imposição estabelecida no novo art. 11 *bis*, n.º 3, da *Ley de Arbitraje*, de que a designação dos árbitros e a administração das arbitragens que tenham por objecto a impugnação de deliberações sociais seja confiada a uma instituição arbitral, visa não só responder à preocupação versada neste parágrafo (*i.e.*, permitir que os reais titulares dos interesses em confronto nestas acções tenham iguais oportunidades de intervenção na constituição do tribunal arbitral), mas também, tanto quanto nos parece, assegurar que, através da intervenção de instituições especializadas na administração de arbitragens e capazes de se dotarem de regulamentos adequados a tal missão, possa o processo arbitral ser organizado por forma a satisfazer todos os requisitos que no presente texto se explicou serem de cumprimento necessário para que às decisões de mérito proferida em arbitragens que versem sobre esta categoria de litígios possa ser atribuída *eficácia geral no seio da sociedade*.

¹¹² Art. 35 (3) do Decreto Legislativo n. 5, de 17 de Janeiro de 2003.

sócios. Embora o respectivo preceito abranja todas as arbitragens relativas a litígios societários, é sobretudo para as que tenham por objecto pedidos de invalidade de deliberações sociais que se torna necessário possibilitar aos *demais sócios* intervirem no processo iniciado, a fim de que a sentença neste proferida possa ter (se forem cumpridas as demais condições exigidas para o efeito) *eficácia geral no seio da sociedade*, nos termos acima explicados.

11.1. Com a mesma finalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão vem exigindo, pelo menos, desde 1996, que a todos os sócios seja dado conhecimento do início de uma acção arbitral tendente à anulação ou à declaração de nulidade de uma deliberação social. Nas cláusulas compromissórias modelo que, na esteira daquela jurisprudência, a doutrina alemã da especialidade foi sucessivamente elaborando, esse processo de informação aos demais sócios consistia na notificação de que se iniciara uma acção arbitral com esse objecto, a fazer, nos 30 dias seguintes à apresentação do requerimento de arbitragem, pelo requerente à sociedade, e na subsequente notificação de igual teor, feita pela sociedade aos demais sócios, acompanhada do convite feito a estes, para em idêntico prazo intervirem na acção, como partes associadas ou aos demandantes ou aos demandados. Se não intervissem, os demais sócios perderiam o direito de iniciar outro processo arbitral para invalidarem a deliberação social em causa.

Em 19.09.2009, a principal instituição alemã administrante de arbitragens (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*), na sequência do acórdão da BGH, de 6 de Abril de 2009, publicou um regulamento suplementar destinado às arbitragens relativas a litígios societários, para o qual podem remeter as cláusulas compromissórias inseridas nos estatutos das sociedades. Embora as disposições constantes deste regulamento abranjam todas as categorias de controvérsias intra-societárias, refere-se aí, de forma bem explícita (em nota explicativa constante do dito regulamento), que o cumprimento dos requisitos e formalidades destinadas a possibilitar a intervenção dos demais sócios na arbitragem iniciada é condição de arbitrabilidade das "acções cuja sentença deva vincular todos os sócios, em particular, das que visem a anulação ou a declaração de nulidade de deliberações do órgãos sociais".

11.2. No que concerne ao direito português, os artigos 60.º e 61.º do CSC são omissos sobre o modo de informar os demais sócios da sociedade de que teve início uma acção judicial de anulação ou declaração de nulidade de deliberação social, mas no art. 168.º, n.º 5, do mesmo Código dispõe-se que essas acções não podem prosseguir enquanto não for feita prova de ter sido requerida a respectiva inscrição no registo comercial.

Este registo da acção abre aos demais sócios a possibilidade efectiva de nela intervirem, legitimando, consequentemente, a presunção de que o não uso da faculdade de intervenção se deveu a decisão consciente. Por outro lado, aquela inscrição registral permite tornar efectiva a obrigação de apensação das acções referida o n.º 2 do art. 60.º do C.S.C. Cumpridas que sejam estas condições, a falta de intervenção dos outros sócios não é impedimento a que a sentença proferida pelo tribunal judicial produza caso julgado com *eficácia geral no seio da sociedade* (i.e., a favor e contra todos os sócios, a sociedade e os titulares dos seus órgãos).

Transpondo este regime legal para a arbitragem, constata-se que não se prevê no Código do Registo Comercial (C.R.C.) a possibilidade de registarem acções arbitrais, qualquer que seja o seu objecto, sendo duvidoso que os conservadores do registo comercial aceitem fazer inscrições de acções arbitrais de invalidade de deliberações sociais que lhes sejam requeridas pelos interessados. Mesmo que aceitassem fazê-lo, seria sempre questionável que a eventual inscrição no registo comercial de factos a este não obrigatoriamente sujeitos constituísse forma eficaz de dar conhecimento aos interessados sobre o início e a pendência de uma acção arbitral com a mencionada finalidade.

Resta, assim, como via alternativa de informação (embora não muito eficaz) aos demais sócios sobre a instauração de um acção arbitral de anulação ou de declaração de nulidade, a sua publicação no *sítio* na Internet previsto no art. 167.º do C.S.C. e regulado pelo Portaria n.º 590-A/2005, 14 de Julho. No entanto, suscita-se aqui dúvida semelhante à atinente à inscrição desta acção arbitral no Registo Comercial, visto que, não estando a sua publicação prevista nem no C.S.C. nem no C.R.C., é de recear que a entidade gestora deste *sítio* (Instituto dos Registos e Notariado) venha a recusar tal publicação quando lhe for requerida, até porque esta também não tem lugar para as acções judiciais com o mesmo

objecto (v. o art. 1.º da citada Portaria e os artigos. 167.º do C.S.C. e 70.º e 9.º do C.R.C., para que aquela disposição remete)

Nestas circunstâncias, enquanto não for alterado o Código do Registo Comercial, para (como seria preferível) se inserir nele a obrigatoriedade de inscrição e/ou de publicação das acções arbitrais supra-referidas, de modo idêntico ao determinado para as acções judiciais homólogas, deverá impor-se, na cláusula compromissória estatutária, que o sócio ou titular de órgão social que instaure uma acção de anulação ou de declaração de nulidade de deliberação social, informe por escrito, em prazo curto (por ex., 3 dias), a administração ou gerência da sociedade sobre os elementos essenciais de tal acção (as partes, a deliberação impugnada e o fundamento da impugnação), ficando aquela, por seu turno, obrigada a transmitir, também por escrito, tal informação aos demais sócios, em prazo que, podendo ser maior do que o primeiro, deverá ainda assim ser curto (por ex. 5 dias). Deverá ainda estipular-se, na cláusula compromissória estatutária, a obrigatoriedade de o(s) demandante(s) na acção arbitral iniciada, facultar(em) cópia da respectiva petição inicial aos sócios que a requeiram, a fim de estes poderem ajuizar, com pleno conhecimento, do seu interesse em intervirem nessa acção.

d) Preclusão de outras acções com o mesmo objecto

12. O art. 60.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais prevê que, "havendo várias acções de invalidade da mesma deliberação, devem elas ser apensadas, observando-se a regra do n.º 2 do art. 275.º do Código do Processo Civil"¹¹³.

Esta disposição, além de ter uma óbvia finalidade de racionalização processual, visa prevenir soluções jurídicas díspares relativamente à validade da mesma deliberação¹¹⁴.

Porque no direito alemão vigora, para as acções de declaração de nulidade de deliberações sociais interpostas nos tribunais estaduais, uma norma semelhante àquela e porque a transposição dessa norma para as

¹¹³ Que determina, na parte que aqui interessa, que os processos sejam apensados ao que tiver sido instaurado em primeiro lugar.

¹¹⁴ Neste sentido, v. A. MENEZES CORDEIRO – *ob. cit.*, p. 754.

arbitragens suscitaria dificuldades, o acórdão do BGH de 6.04.2009, exigiu (como se referiu acima) que uma estipulação conducente a resultado equivalente constasse da cláusula compromissória estatutária, sendo condição da validade desta e, conseqüentemente, da validade da sentença proferida em acção movida com base naquela. Naquela cláusula deveria, assim, determinar-se que o início de uma acção de anulação ou declaração de nulidade preclui o direito de os outros sócios proporem outra acção com a mesma finalidade, perante outro tribunal arbitral.

Tendo em conta que, no domínio da arbitragem, a lei não estabelece a obrigatoriedade de apensação à acção que primeiro começou, das acções posteriormente instauradas, tal como o § 246 (3) da *AktG* preceitua para as acções judiciais com esse objecto, o BGH procurou, por esta via, impedir a submissão de várias acções sobre a invalidade da mesma deliberação social a diferentes tribunais arbitrais – o que impediria que as sentenças arbitral proferidas em tais litígios pudessem ter *eficácia geral* no seio da *sociedade*¹¹⁵ e, conseqüentemente, que aqueles pudessem ser decididas por árbitros, visto ser inadmissível que diferentes tribunais arbitrais pudessem proferir decisões contraditórias sobre a invalidade da mesma deliberação.

Parece-nos que, também perante o direito português, em que os dados legislativos relativos ao regime das acções de invalidade de deliberações sociais perante os tribunais estaduais são substancialmente idênticos aos do direito alemão, a inclusão na cláusula compromissória estatutária de uma estipulação deste teor é de considerar como condição de arbitrabilidade destas acções.

Por outro lado, não vemos óbice à introdução de uma tal disposição na cláusula compromissória estatutária, dado que, se os sócios são livres de regularem os termos em que podem ser instauradas acções arbitrais de anulação ou de declaração de nulidade de deliberações sociais¹¹⁶, também poderão eles estabelecer, nessa cláusula, preclusão idêntica à preconizada pelo BGH.

Bem vistas as coisas, uma disposição estatutária com este conteúdo conduz a um resultado prático semelhante ao da imposição da apensa-

¹¹⁵ Ou seja, de eficácia extensiva a todos os actores da vida interna da sociedade.

¹¹⁶ Se os sócios podem estipular a submissão de litígios a arbitragem, nesta matéria, podem também condicioná-la.

ção¹¹⁷ das acções iniciadas perante diferentes tribunais estaduais, que é estabelecida pelo art. 60.º, n.º 2, do C.S.C.¹¹⁸.

e) Decisão segundo o direito

13. A actual L.A.V. preceitua, no seu art. 22.º, que as controvérsias submetidas a arbitragem sejam julgadas segundo o direito constituído, a menos que as partes autorizem os árbitros a julgar segundo a equidade.

O julgamento segundo a equidade não é adequado ao contencioso de validade das deliberações sociais, visto que a decisão destas acções com este objecto não pode deixar de assentar em juízos de estrita legalidade¹¹⁹, não existindo aí espaço para a intervenção de critérios de equidade¹²⁰.

¹¹⁷ Tratando-se de arbitragens *ad hoc*, não vemos como se poderia, através de uma simples disposição estatutária, determinar que os processos arbitrais posteriormente iniciados fosse apensados ao que primeiro foi instaurado, pois que, constituído um tribunal arbitral ao abrigo de uma convenção de arbitragem, só por acordo de todas as partes se poderia impor-lhe que abrisse mão do processo perante ele instaurado a favor doutro tribunal arbitral anteriormente constituído. Nas arbitragens institucionais, a apensação poderia talvez ser ordenada pela direcção da instituição administrante, mas só se o respectivo regulamento o prevísse.

¹¹⁸ Questão distinta da analisada no texto é a de saber o que acontecerá, se um terceiro (por ex., credor, empregado da sociedade), não vinculado pela cláusula compromissória estatutária, mas com legitimidade para requerer a declaração de nulidade de uma deliberação social (ao abrigo do arts. 286.º do C.C. e 26.º do C.P.C.), propuser acção com esse objecto perante o tribunal judicial competente, antes ou depois de se iniciar uma acção arbitral (proposta por um ou mais sócios ou pelo órgão de fiscalização da sociedade) tendente a invalidar a mesma deliberação. Aderindo à opinião defendida pelo Professor PEDRO MALA, em intervenção no V Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (em 21.07.2011, já depois da conclusão deste artigo), entendemos que, sendo inadmissível que ambas as acções possam prosseguir e conduzir a decisões contraditórias, deverá prevalecer a acção judicial e extinguir-se a acção arbitral, porque a eficácia subjectiva da decisão a proferir na primeira será mais ampla que a da segunda. O fundamento desta extinção será (parece-nos) a inutilidade superveniente da lide ou a litispendência, consoante a acção arbitral haja começado antes ou depois da acção judicial.

¹¹⁹ Comentando a supramencionada solução do direito italiano, PAULA COSTA E SILVA defende que a equidade enquanto critério de decisão deve ser afastada se a solução posta por lei para a regulação de uma posição indisponível é injuntiva (*ob. cit.*, p. 388).

¹²⁰ O projecto da nova LAV apresentado pela Direcção da APA prevê um terceiro critério de decisão mesmo para as arbitragens internas: a "composição amigável" (a actual LAV só prevê para as arbitragens internacionais). Também o recurso a este critério de

Parece ter sido essa a razão pela qual o art. 36 (1) do Decreto Legislativo n.º 5 de 17 de Janeiro de 2003, que criou em Itália um regime especial para a arbitragem de litígios societários, impôs que, quando se trate de decidir sobre a validade de deliberações das assembleias de sociedades, os árbitros decidam segundo o direito, mesmo que na cláusula compromissória os autorize a decidirem segundo a equidade¹²¹.

Embora o acórdão do BGH, de 6 de Abril de 2009, não se tenha pronunciado sobre esta matéria, o supramencionado Regulamento Suplementar para a Arbitragem de Litígio Societários, que foi adoptado pela DIS, conduz implicitamente à imposição de que os árbitros decidam segundo o direito os litígios societários nele referidos, pois que, para que pudessem ser eles decididos segundo a equidade, seria necessário (de acordo com a lei da arbitragem alemã) que essa possibilidade fosse admitida na cláusula compromissória proposta, não sendo isso o que resulta desse Regulamento.

f) Conclusão sobre arbitrabilidade destas acções

13. Nos parágrafos anteriores, examinámos as condições que devem ser preenchidas para que as acções de anulação e de declaração de nulidade de deliberações sociais possam ser decididas por árbitros.

Como explicámos, o preenchimento dessas condições destina-se a ultrapassar a contradição entre, por um lado, a circunstância de a decisão jurisdicional, em princípio, só produzir efeitos relativamente a quem tenha sido constituído parte na acção e, por outro lado, o facto de a anulação ou a nulidade da deliberação decretada ou declarada dever, por imperativo lógico-jurídico, vincular todos os sócios e os órgãos de administração e fiscalização da sociedade, hajam ou não sido partes nessa acção.

decisão parece de excluir nas acções de invalidade de deliberações sociais submetidas a árbitros.

¹²¹ Para alguns autores italianos, a *ratio* desta "tutela reforçada" proporcionada pela imposição de uma decisão arbitral segundo o direito para as controvérsias atinentes à validade de deliberações sociais, explica-se pelo facto de algumas dessas controvérsias versarem sobre direitos indisponíveis; para outros autores, aquela *ratio* reside na "particular delicadeza da matéria"; sobre este tópico, v. MASSIMO BENEDETTI, CLAUDIO CONSOLO, LOCA RADICATI DI BROZOLO - *ob. cit.*, p. 424-425.

Em relação às acções propostas perante os tribunais judiciais, o legislador resolveu essa aporia através das disposições dos arts. 60.º e 61.º do C.S.C., não transponíveis para as arbitragens que versem sobre esta categoria de litígios.

Dado que a disciplina legal da arbitragem omite totalmente o tratamento das questões que estas acções especificamente suscitam, procurámos identificar formas de regulamentação do processo arbitral, a inscrever na convenção de arbitragem, mediante as quais se obtenham resultados equivalentes aos decorrentes daqueles artigos do C.S.C.

Em nossa opinião, o cumprimento tais condições permitirá remover o referido obstáculo à arbitrabilidade desta categoria de acções.



Apresentamos a seguir um modelo de cláusula compromissória que recomendamos para inserção nos estatutos das sociedades, na qual procurámos dar solução às questões abordadas neste artigo

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA

1. Todos os litígios respeitantes a relações sociais, suscitados entre os sócios, presentes ou futuros, entre eles e a sociedade ou entre esta ou os sócios e os titulares dos órgãos de administração ou de fiscalização da sociedade, serão definitivamente resolvidos por um tribunal¹²² composto por três árbitros, que será designado e actuará de acordo com a presente cláusula e com o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (adiante designado por "Centro").

2. Se para um órgão social for designado quem não seja sócio, a aceitação do cargo implica a vinculação do designado ao disposto na presente cláusula compromissória¹²³.

¹²² Em alternativa: ..., por um árbitro designado de acordo...

¹²³ No âmbito da ordem jurídica portuguesa, convirá que os estatutos da sociedade imponham que a aceitação por quem seja designado para a um órgão social seja feita

3. Quando a arbitragem tiver por objecto um pedido de anulação ou de declaração de nulidade de deliberação de órgão social, observar-se-á o disposto nos artigos 57.º a 61.º do Código das Sociedades Comerciais, com as adaptações requeridas pela sua aplicação à arbitragem, bem como o estabelecido nas alíneas seguintes:

- a) Competirá ao Presidente do Centro designar¹²⁴ os três membros do tribunal arbitral e nomear quem presidirá a este;
- b) A administração (gerência) da Sociedade citada para a acção arbitral supra-referida, deverá comunicar aos sócios e ao órgão de fiscalização da sociedade, por carta registada com aviso de recepção¹²⁵, enviada, que a acção foi instaurada e que eles podem nela intervir, associando-se ao demandante ou à demandada;
- c) A partir da instauração da acção arbitral, a administração (gerência) da Sociedade ficará obrigada a fornecer a qualquer sócio que o solicite, a informação que razoavelmente lhe permita conhecer o pedido deduzido nessa acção e seus fundamentos, bem como ajuizar sobre o seu interesse em nela intervir;
- d) Os demais sócios e o órgão de fiscalização da sociedade poderão intervir na acção arbitral iniciada, associando-se a uma das partes desta, devendo disso informar a administração (gerência) da Sociedade;
- e) Quem não exercer o direito de intervenção previsto na alínea anterior, nos 30 dias seguintes à recepção da comunicação¹²⁶ referida na alínea b), não poderá propor outra acção arbitral tendente à anulação ou à declaração de nulidade da deliberação social a que respeitar a acção arbitral proposta em primeiro lugar;
- f) Se, não obstante o disposto na alínea anterior, forem propostas outras acções de anulação ou de declaração de nulidade da mesma

por escrito, devido à exigência de forma escrita da convenção de arbitragem contida no art. 2.º da LAV.

¹²⁴ Em alternativa: ...designar o árbitro único.

¹²⁵ Em alternativa, para as sociedades com capital muito disseminado, em que não seja viável informar pessoalmente todos os sócios: ...por anúncio a publicar, dentro dos cinco dias seguintes, num jornal de grande circulação.

¹²⁶ Em alternativa, para as sociedades com capital muito disseminado, em que não seja viável informar pessoalmente todos os sócios: ...à publicação do anúncio.

deliberação social, deverá o Presidente do Centro ordenar a sua junção, apensando-se as acções arbitrais à que tiver sido instaurada em primeiro lugar;

- g) A sentença que declarar nula ou anular uma deliberação social será eficaz contra e a favor de todos os sócios, a sociedade e os seus órgãos, mesmo que não tenham sido parte ou não hajam intervindo nessa acção.

4. Em qualquer acção proposta contra a Sociedade, em que se verifique a situação de conflito de interesses prevista no art. 21.º, n.º 2, do Código do Processo Civil, poderá o tribunal arbitral¹²⁷, se lhe for requerido por quem nisso tenha interesse relevante, designar um representante especial da Sociedade para essa acção.

5. O tribunal arbitral¹²⁸ poderá ordenar medidas cautelares compatíveis com a natureza dos seus poderes jurisdicionais, incluindo a suspensão da deliberação social impugnada, sem prejuízo da possibilidade de qualquer das partes recorrer aos tribunais judiciais para obter o decretamento de providências cautelares.

6. O tribunal arbitral¹²⁹ decidirá segundo o direito e da sua sentença não haverá recurso.

¹²⁷ *Em alternativa:* O árbitro...

¹²⁸ *Em alternativa:* O árbitro...

¹²⁹ *Em alternativa:* O árbitro...

Bernardo M. Cremades

*Professor Catedrático da
Universidade Complutense de Madrid*

State Participation in International Arbitration

It was at the end of the seventies when I received a call from my good friend Aron Broches, then the vice-president of the World Bank and director of its legal services at the time, letting me know that he was coming to Madrid and that he wanted to contact the person that would be responsible for the possible ratification of the 1965 Washington Convention, whereby the World Bank's arbitration centre, the ICSID, was created. I contacted the Spanish Ministry of Foreign Affairs and was told that the person in question was Ambassador Aldasoro, who was the Director-General for International Cooperation. It was easy to get a meeting with him because, at the time, Spain was in need of international financing and, under the circumstances, World Bank representation was welcome. We got to the Palacio de Santa Cruz on the scheduled date, where we were received with all possible honors. In the Ambassador's office, he greeted us warmly, until we started to talk about the purpose of our visit and he asked "What can I do for you?" Dr. Broches explained what the Washington treaty consisted of and how the ICSID worked. He did not need to say much, since our interlocutor at the Ministry of Foreign Affairs was very well informed, particularly about the Latin American countries' diplomatic understanding not to agree to create an arbitration center at the World Bank. Much to our surprise, Ambassador Aldasoro shot up out of his comfortable chair and informed us solemnly that he, in the offices of the Ministry of Foreign Affairs, could not consent to the felony (his own words) of requesting that Spain lose its sovereignty

by ratifying an assignment of its jurisdictional rights to an international entity. The meeting ended abruptly and you can imagine the conversation we had amongst ourselves afterwards.

The official conception of sovereignty at the time involved an institutional understanding derived from administrative law handed down from the French Revolution. Administrative law and, therefore, the legal regime for administrative contracts were both of a domestic nature. Who could imagine that water treatment or the possible recycling of waste could ever go beyond the territorial scope of the relevant municipal government, or in extreme cases, the territorial limits of the State itself? Our law school professors taught us about the essential nature of administrative contracts and that they were deeply impregnated with the concept of public service. *"The Public Administration ... assumes the objective service of watching over the general interest, in accordance with the principle of efficiency"*.¹ Consequently, public administrations enjoyed excessive powers in administrative contracts, such as *ius variandi*, a unilateral interpretation of the contract's provisions and, in exceptional cases, the possibility of cancelling the contractual commitments agreed upon therein. At that time, of course, no one would think of questioning whether the applicable law in administrative contracting was that of Spain's own legal system or, in the event of disputes arising with regard thereto, whether Spain was the only competent jurisdiction to judge them or not, particularly in contentious-administrative matters.

The protection of sovereignty at the international level

If administrative law, led by the concept of public service, was of a local nature, international law consisted of a group of treaties, principles, case law from international courts and doctrine that were conceived under the principle of protecting the sovereignty of the national States. *"As the Body is the common Subject of Sight, the Eye the proper; so the common Subject of Supreme Power is the State; which I have before called a perfect Society of Men...The proper Subject is one or more Persons,*

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2002, p. 49.

according to the Laws and Customs of each Nation..."² States were the only subjects of international law and they had the responsibility of providing diplomatic protection to their citizens.

This so-called diplomatic protection was a step toward transferring to an international level the different national regimes of administrative law that were in force at the time. In some ways, this protection was given amidst a good amount of hypocrisy, in order to justify the use of force when national laws were violated or when the rights of the respective citizens were violated in those countries that were in the throes of becoming independent from the metropolis. All one has to do is remember the loans that were cancelled and the relevant interest that was left unpaid by the emerging Republic of Mexico. The countries that were affected – Spain, France and England – met urgently in London to sign a treaty whereby the three powers decided to send their respective navies to Mexico in retaliation for the rebellion and to declare their later military intervention in the Mexican territory. The treaty executed in London on October 31, 1861 indicates in its first Section *"H.R.H. the Queen of Spain, H.R.H. the Emperor of France and H.R.H. the Queen of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, forced by the arbitrary and humiliating actions taken by the authorities in the Republic of Mexico, and finding it necessary to demand from such authorities more effective protection for the people and property of their respective subjects, as well as the fulfilment of the obligations that said Republic has undertaken therewith, have hereby come together to execute an agreement amongst themselves, with the purpose of combining their joint efforts..."*³ When Benito Juárez, the elected President of Mexico, triumphantly entered the capital of the old Viceroyalty of New Spain on January 11, 1861, the payment of foreign debt was suspended; a decision that was understood by the three European powers to be arbitrary and humiliating and something they felt legitimized their decision to take *"the steps necessary to send their combined armed forces to the coasts of Mexico, by land and by*

² GROTIUS, Hugo; *The Rights of War and Peace, Book I*, Liberty Fund, 2005, p. XXXII of the Introduction.

³ SINTES, Luis Alejandro; *La aventura Mexicana del General Prim*, Edhasa, 2009, Annex 1, p. 321.

water, ... the total amount of which forces must be sufficient to seize and occupy the different forts and military positions on the Mexican coast".

Spain entrusted this task to General Prim, who imposed his authority, as did his European colleagues. The consequences were clear: as expected, England collected its debts religiously; France took advantage of the situation to modify the institutional status of Mexico and impose the rule of Emperor Maximilian; while Spain lost its monies, assets and, in particular, its reputation, which it took a long time to later recover.

Therefore, the reaction of Latin America's intellectuals should come as no surprise. Firstly, by Andrés Bello in 1832 (*Principles of Peoples' Law*). Later, by Carlos Calvo in his treatise *Theoretical and Practical International Law in Europe and America*, published in 1868. In a similar manner, by Luis María Drago, who was appointed as Minister of Foreign Affairs for the Republic of Argentina in 1902. He had just begun his duties as Minister when the armed intervention of various European powers took place, which was led by Great Britain, Germany and Italy against Venezuela under the allegations that the latter had not paid the foreign debt it had undertaken to finance different public works. The demands of these Latin American intellectuals were clear: foreigners and nationals must be treated in like manner, but just that. The purpose of doing so was to avoid any privilege or advantage that foreigners may have sought through the diplomatic protection by their respective States.

The three fundamental elements of what has come to be known as the Calvo Doctrine are the following: 1) foreigners must waive their right to diplomatic protection and any other right stemming from international law; 2) the applicable law will be solely and exclusively that of the State in which the foreigner carries out their business activities; and 3) domestic courts have sole and exclusive jurisdiction to rule on possible disputes.

Abandoning the Calvo Doctrine

*"Commercial freedom is in accordance with primary natural law... no nation may, by any means, justly impede two nations from trading together, if they so desire."*⁴ This commercial freedom will eventually become the rule at the international level.

⁴ GROTIUS, Hugo; *The Free Sea*, Liberty Fund, 2004, p. 51.

The internationalization of economic relations requires reconsideration of some leading assumptions of international economic law. In contrast to concepts of international law being comprised of different nation States, like so many uncoordinated groups, the concept of international cooperation arises, where the sovereign States participate actively.

The 1958 New York Convention on the recognition and enforcement of arbitral awards was successful and today it constitutes the international instrument that has been ratified by the largest number of States worldwide. In Latin America Ecuador was the first to ratify it in 1962, followed by Mexico's ratification in 1971. Spain also adopted this fundamental instrument of international arbitration and was led to do so by its then minister of Foreign Affairs, Marcelino Oreja, in the midst of the country's political transition and, perhaps, as a demonstration of the changes in its institutional policy; going from the old regime's jurisdictional monopoly by the State to a procedural autonomy of the individual as a result of its newly acquired democratic freedom (Spain's Official State Gazette, the "BOE", of January 11, 1977).

In like manner, Paraguay ratified the 1965 Washington Convention in 1983. Its ratification was extended throughout the Latin American countries in the nineties. Spain could not fall behind, so it too adopted this instrument and it did so, not by losing its sovereignty, but rather by exercising its sovereign powers in the international sphere and by participating in such an important international organisation which has since resolved so many investment-related disputes ("BOE" September 13, 1994).

The proliferation of bilateral treaties (more than 2,400) for the protection of investment and free trade agreements was a fundamental change. Spain executed a number of such international treaties. Within such treaties, a double principle exists that has served as inspiration for a new international economic law: foreign investors are guaranteed treatment according to international standards, and they are entitled to the protection of the international arbitral tribunals, vis-à-vis any violations of the treaty by the States.

This change, so radically, was a result of the liberal policies adopted in relation to the international movement of capital and technology, essential conditions for the development of the different countries. The

present international financial crisis is now raising serious doubts about liberal policies; therefore, the risk of protectionism and a return to the concepts and policies that until very recently were considered as outdated, is appearing on the horizon. Time will tell where the uncertainties of the current economic and financial situations may lead us.

Towards global administrative law

The demands of economic growth and development over the past few decades have led international organizations to establish certain criteria as a condition to enter the international capital markets. The World Trade Organization, the International Monetary Fund, the World Bank or the OECD, amongst other international institutions, have all imposed general conditions for administrative contracts. It could be said that our legal system in the European Union has, to a large degree, changed the idea that public service is an entity reserved for the State in favour of private initiative and free competition.

I still remember Berthold Goldman solemnly affirming in arbitration conferences, time and again, that an international administrative contract is a contradiction in terms. That is, as this French expert used to say, it is either an administrative contract (and, therefore, subject to the extraordinary powers of the public administration and the exclusive domestic contentious-administrative jurisdiction) or it is an international contract and the principle of *pacta sunt servanda* is applicable.

The important infrastructure projects undertaken over the past few decades have required international financing. Administrative contracting followed criteria that could well be referred to as global administrative law. The so-called public procurement protocols are clear proof of this.

In the fight against corruption, transparency is a fundamental criterion when contracting such projects. At a recent conference of the ICCA on international arbitration held in Rio de Janeiro, Professor Guido Tawil rightly stated that today, administrative contracts are submitted to a myriad of legal systems of a global nature which, undoubtedly, limit the contractual prerogatives of the State (*About the Internationalization of Administrative Contracts, Arbitration and the Calvo Doctrine*). Global administrative law for public contracting causes us to question many of

the principles we studied in local administrative law, which derived from the criteria introduced into our legal systems which were based on the French Revolution.

International arbitration as a consequence and as a catalyst of the internationalization of administrative contracts.

Globalization has also had a direct impact on one of the basic pillars of administrative law. From the moment that foreign investors are entitled to defend themselves directly against sovereign States, through international arbitration, the sole and exclusive competence of domestic administrative courts is lost. Similarly, from the perspective of international law, we are seriously questioning the idea that only sovereign States are legitimate actors in international jurisdictions. Therefore, there is a break from the local conception of administrative law and the corresponding conception of sovereign states as the only actors in international public law. Natural and juridical persons are internationally authorized to sue States directly, without the intervention of their home states.

International arbitration is a consequence of internationalization, or rather, the globalization of administrative contracts. However, at the same time, it is a true catalyst for new developments. Arbitral case law has produced a true international legal doctrine, and has been a real catalyst for a new international economic law that draws no boundaries between private law and international public law.

France, the home of the modern administrative law, began the judicial abandonment of the sole and exclusive judicial competence over administrative contracts. On April 10, 1957 the *Cour d'Appel* in Paris (in the case *Myrtoon Steam Ship vs. Agent Judiciaire du Trésor*) decided that "exclusivity refers to domestic contracts and is not applicable to contracts of an international nature". This doctrine was later ratified by the *Cour de Cassation* on May 2, 1966 in the case of *Agent Judiciaire du Trésor vs. Galakis*. In France today, no one would question the possibility of international arbitration with regard to administrative contracts.

The same approach has been followed in Spain, where public administrations have accepted arbitration when required to do so by international financing entities. The legislation relating to administrative

contracts (Law 30/2007, of October 30, on Public Contracting) and law on budgets (Law 47/2003, of November 26, General Law on Budgeting) govern it. Article 7.3 of the latter law confirms the rights of the Treasury may be submitted to arbitration "...through a royal decree passed by the Council of Ministers, once the full State assembly has been held...". In fact, the law on Public Contracting has allowed the Spanish public administrations to use international arbitration extensively; even in the contracts executed by its ministers with foreign companies, reference is made to "what was agreed upon by the parties according to the rules and uses that are in force under international convention". The wording of both laws clearly demonstrates that this practice that has become part of our legal life, since autarky was surrendered in favour of international participation and cooperation.

The so-called Calvo Doctrine was a logical and consistent response to unfair military intervention that, under the guise of "diplomatic protection", certain European and North American States used against the independent countries of Latin America. These policies were rightly referred to as "gunboat diplomacy". The global economy and the new conceptions of administrative and international law have lead States to participate actively both in international commercial and investment arbitration.

States in international commercial arbitration

The presence of States in international commercial arbitration proceedings has been frequent in recent decades. Starting with the economic recovery after World War II, it has been the States that have led the reconstruction of their respective economies and one could say that, particularly in the developing countries, certain economic and commercial projects could only be carried out with the direct participation or guarantee of the State. As a result, contracts containing a commitment to submit disputes to international arbitration were signed frequently. When disputes started to arise and, therefore, arbitration proceedings began, the defence of the States was often based on a battery of argument centred on jurisdictional immunity. Despite the contractual agreements made, the sovereign aversion to submitting the State to foreign or international

courts meant sovereignty was defended through arguments of jurisdictional immunity. The arbitral tribunals, empowered by the international treaties and applicable rules performed their obligations under what has come to be known as "competence-competence". They affirmed their own jurisdiction over the sovereign States, delimiting jurisdictional immunity when interpreting international treaties and enforcing contractual commitments. Lord Wilberforce was right when he pointed out "once a trader always a trader". If the States, using their sovereign power, had signed contractual commitments that included arbitration clauses, the only thing that the arbitration tribunals could do was reject pleas of jurisdictional immunity and ratify their own competence.

Today it is quite common to find sovereign States and, particularly, state-owned companies as parties to international commercial arbitrations (both in *ad hoc* arbitration as well as administrated arbitrations). As an example, the International Chamber of Commerce statistics for financial year 2009 indicate that seventy-eight of the cases it heard related to States or state-owned companies; that is to say, they represented 9.5% of all the arbitration cases processed by the International Court of Arbitration.

It must be admitted that, when carrying out their duties, both arbitrators and administering institutions take special care where the arbitration proceedings involve States, in the understanding that the relevant decisions directly affect the public spending in the respective countries and, ultimately, the citizens themselves; in terms of possible social services. Therefore, and as an example, it is the policy of the International Court of Arbitration at the ICC to take special consideration when sovereign States are involved and this can be seen in various decisions, such as the *prima facie* analysis, vis-à-vis third parties, regarding the existence and effects of the arbitral clause, the determination of the arbitral seat, issues relating to provisional measures, the establishment of the tribunal (the number of arbitrators, the verification of their independence, the appointment of an arbitrator, in the event that the State did not carry out the relevant appointment) and, particularly, when the draft arbitration award that is proposed by the arbitrators is considered for approval. In such cases, the Court strives to make its decisions during its general assembly, with the attendance of its numerous members from very different countries. By doing so, the aim is to guarantee an arbitral protection that is as effec-

tive as possible, when sovereign States are involved (See Eduardo Silva Romero, *ICC Arbitration and State Contracts*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol 13/1, p. 34 *et seq.*).

At this point, I would like to make special mention of two controversial issues; the treatment of official secrets and immunity from execution of arbitral awards.

During the period for gathering evidence, objections are often made to requests for certain types of proof, based on the existence of specific privileges. One of these privileges is that of lawyer-client relations, especially if we are in a situation where the lawyer is a company's in-house lawyer or where he/she represents the State, that is, when it is a lawyer whose sole client is one of the parties to the arbitration. This issue must be handled carefully keeping in mind the conflicting rules that may exist in different jurisdictions regarding the figure of a corporate or State attorney: In some countries this figure is considered a lawyer, while in others he or she is considered a member of the corporate staff and, as such, not covered by the legal professional privileges. More important are the objections of sovereign States against having to provide certain evidence, on the basis that such documents or witnesses are protected by domestic law and are official secrets. Officials responsible for documents or who know certain facts are obliged to secrecy and if they breach this obligation, they could even be held criminally liable in their country. On the other hand, the party or tribunal that orders such evidence to be produced can indicate that the applicable law for the arbitration proceedings may not be that of the country that protects its official secrets by law. This is a very common situation in cases of international arbitration involving questions of defence, but it also arises in other situations, where the State in question believes that the obligation to not reveal certain secret documents or facts must prevail. The arbitral jurisprudence is not consistent, and this issue requires a case-by-case approach. Arbitral tribunals and institutions, as well as domestic judges that have to address the matter via provisional measures, all analyze these cases carefully and tend to respect sovereign decisions in relation to official secrets, provided that the decision is not made in bad faith with the intention of impeding the arbitral tribunal from investigating the facts.

Once the arbitral award is dictated, the period of enforcement begins. Any party that wants an arbitral ruling to be enforced will normally come before the courts in the jurisdiction where the necessary assets exist against which the award can be enforced. Traditionally, the assets of a State are classified as *iure gestionis* or *iure imperii*, and mandatory enforcement of the award was only granted in those cases where the assets did not affect the sovereign powers at an international level (See K.H. Böckstiegel, *Arbitration and State Enterprises*, The Hague 1984). Questions have arisen over the years, when some States refused to recognize arbitral awards, on the basis of an exaggerated interpretation of their sovereign activities. This was especially the case in situations of the enforcement of an award against bank accounts. The case law that emerged in France in the year 2000 is of great interest, when the judgment of July 6 dictated by the *Cour de Cassation* (in the case *Creighton Limited of the Cayman Islands vs. the Ministry of Finance and International and Agricultural Affairs for the Government of Qatar*), extending the waiver of immunity from execution. The Court of Cassation considered that a State's agreement to submit itself to the ICC's rules of arbitration implies an automatic waiver of immunity from execution. The Rules of the International Chamber of Commerce oblige the parties that have agreed to submit a dispute to arbitration to carry out the award without delay. Given that the London Court of International Arbitration, as well as the ICDR of the American Arbitration Association and the ICSID all impose similar obligations, it can be understood how important this new case law is, when analysing objections of immunity from execution.

States in investment arbitration

Under the bilateral investment treaties for the protection of investment, sovereign States guarantee their foreign investors legal security. As a prior condition to obtaining international financing for large infrastructure projects, treaties have been signed and ratified that contain binding declarations by the receptor State of investment protection. Commitments are undertaken in broad legal terms, but which are the basis for specific claims and for fixing where liability is proved, damages and

losses. The States confirm that foreign investors will receive the same treatment as national investors; that there will be no discrimination, that investors are going to receive fair and equitable treatment in order to guarantee the protection of the investment. With regard to expropriation, treaties, and subsequently arbitral case law, have created the so-called economic expropriation, with more flexible characteristics than those of a traditional expropriation under administrative law. The investment shall be considered to be expropriated when, due to the State's utilization of "puissance publique", the economic value of the investment has been affected. Arbitral tribunals have considered that a change of tax regime is a type of indirect expropriation, as well as the modification of the laws protecting the environment. Naturally this has raised controversy as to whether the protection of the investor provided for under international treaties should prevail or not over the sovereign rights related to tax or environmental matters. Many treaties have a most-favored-nation clause, meaning that the investor enjoys not only the guarantees established under the applicable treaty but also the most favorable guarantees contained in any other treaty that the Host state may have signed.

These investment protection treaties have a novel mechanism for forming an arbitral agreement. The case of *Lanco vs. The Republic of Argentina*⁵ introduced the doctrine (which was later accepted unanimously by arbitral tribunals) that an arbitral agreement consists in the State's public offer to submit itself to arbitration under the treaty and in the acceptance of this offer by the investor in filing for arbitration. In this regard, the arbitral clause is based on a treaty of international public law and it generates, through the investor's individualized acceptance, an arbitration that is very similar to the arbitration of international private law, despite the fact that the State is acting as defendant.

With this new jurisprudence, investors must include legal risk amongst the multiple risks of a new investment. They must evaluate in what country they want to make their investment so that the investment may enjoy treaty based protection. In each case, the different legal precepts of the treaty must be analyzed thoroughly, in order to know whether

⁵ *Lanco Internacional Inc. vs. Argentina*, ICSID Case No. ARB/97/6, Preliminary decision on jurisdiction – December 8, 1998.

we are dealing with an investment that is covered or not. In the arbitration proceedings *Salini vs. the Kingdom of Morocco*⁶, the Tribunal understood the construction and exploitation of a highway by means of a concession to be an investment protected by treaty, in these proceedings between an Italian company and the Kingdom of Morocco. At first, the 1965 Washington Convention covered investments in the field of natural resources, oil, natural gas and mining; today, a good number of the disputes regarding the protection of investments involve disputes stemming from administrative concession contracts. The concept of "investor", that is, of the figure that may legitimately request international arbitral protection, has become ever more clearly defined over the past few years. In the case of *Lanco vs. the Republic of Argentina*⁷ a line of case law was initiated whereby anyone that made an investment in a concessionary company could be considered as a party that could legitimately seek arbitral protection; that is, someone could, in their capacity as shareholder, be considered an investor.

This ruling (*Lanco vs. the Republic of Argentina*⁸) also adopts a very interesting doctrine to define the arbitral protection of investments. The concessionaire – an Argentinean company (partially owned by the North American company, Lanco, which held a minority stake) – entered into an administrative concession contract with the Municipal Government of Buenos Aires. The contract was, according to the administrative law of Argentina, compulsorily subject to the local laws and administrative courts. The claimant, shareholder of the concessionaire, sought protection under the treaty. The Republic of Argentina questioned the jurisdiction of the arbitral tribunal as the Republic of Argentina was not a signatory in the concession contract, rather the municipal government was. The Tribunal understood that the principle of attribution for international obligations made the Republic of Argentina a possible defendant, by treaty. The State argued that Lanco's demands should be resolved through the channels of contractual law in the jurisdiction expressly indicated in the concession agreement; on the other hand, the tribunal found that the

⁶ *Salini Construttori S.p.A and Italstrade S.p.A vs. the Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/04, Decision on jurisdiction – July 23, 2001.

⁷ *Lanco Internacional Inc. v. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/6, *op. cit.*

⁸ *Ibid.*

contractual claims were one thing, which the concessionaire must seek to enforce before a contentious-administrative court, and yet another were the claims arising from the violation of the investment protection treaty. Thus an issue was raised that has been reiterated time and again in the history of arbitral tribunals of the distinction between a *contractual claim* and a *treaty claim*. If a municipality exercises its contractual powers, any disputes must be resolved through the local contentious-administrative courts; in contrast, if the Argentinean State is liable, on the principles of state responsibility, for the breach of the treaty through the use of *puissance publique*, then the dispute is within the jurisdiction of the international arbitral tribunal.

When considering their own jurisdiction, frequently arbitral tribunals analyze whether actions have been taken in good or bad faith, both on the part of the investor as well as on the part of the State. A State clearly acts in bad faith when in the exercise of one of its three powers a denial of justice has occurred. An investor acts in bad faith when fraud or corruption can be proven in the structure of the investment. International tribunals are conscious that protection cannot extend to actions performed in bad faith.

To summarize, therefore, over the past fifteen years international arbitration has evolved to include the protection of investment as well as traditional commercial arbitration. Natural and juridical persons have become active subjects in international law. They can litigate directly against sovereign States, in cases involving breach of treaty. Local administrative law has given way to global administrative law and, as a direct consequence, in international administrative contracts, domestic law is no longer hypothetically applicable, nor do the local contentious-administrative courts comprise a sole and exclusive jurisdiction. International arbitral tribunals are a result of this globalization of administrative law but, at the same time, they are catalysts for jurisprudence that is, case by case, defining effective international arbitral protection.

Is the Calvo Doctrine returning?

I do not want to close this speech on the participation of States in international arbitration without making certain observations regarding

current international policy, aggravated by the economic and financial crisis.

International arbitration and, more specifically, investment protection has affected both developed and emerging countries. Complaints are frequently heard regarding the activity of and what is considered, in some cases, the excesses of international arbitrators. Doubts have been raised regarding the democratic legitimacy of conferring on private people, the arbitrators, an international jurisdiction that, at times, has such a decisive effect on life in the respondent states. It is forgotten that the treaties were voluntarily signed by the sovereign States and that the arbitration center of the World Bank is governed by the participating States themselves.

Even in the United States reforms are being proposed in relation to the protection of investment, which sound very much like a true revival of the Calvo Doctrine. A special sensitivity exists regarding the impact (more on a social than on an economic level) of arbitral decisions pursuant to the NAFTA treaty (between Mexico, Canada and the U.S.) and President Obama, in his campaign to the White House, indicated very clearly that foreign investors should not enjoy greater protection than U.S. citizens. In the work that is underway in the U.S. to review their system of international protection of investment, attempts are being made to soften the consequences that certain arbitral tribunals are drawing from general legal concepts. The understanding is that fair and equal treatment has been treated too generously by arbitral case law; another objective is to limit the effects arising from the conception of economic or indirect expropriation of arbitral tribunals. The aim is to keep the protection of foreign investors within fair limits, without arbitral tribunals being able to question State policy regarding the environment or the protection of social rights.

In Latin America international commercial arbitration is also being affected by the questions raised by investment protection. Considering that sovereign States are involved, the decisions made by arbitrators have a very serious impact on public opinion. The aura of secrecy and confidentiality that surrounds international commercial arbitration disappears when dealing with sovereign States whose commitments must be made public and are subject to parliamentary controls in their respective countries. At times, circumstances change. For example, although Brazil

has signed some bilateral treaties for protecting investment, thus far it has not ratified any of them (including the Washington Convention) and it has kept itself outside ICSID's activities. However, given the international emergence of Brazil's economy, questions arise as to whether Brazil's avoidance of participation in the international investment protection system is based on considerations that existed for foreign investment in Brazil some years ago. Today Brazilian companies are investing outside its borders with no legal protection, except for that covered in the specific contracts signed, and, due to this, an important movement is underway to consider whether it is advisable for Brazil to join the international structure for investment protection. In the Brazilian example, it is clear that attracting investment does not always require the country to have first signed treaties. Foreign investment is very strong in Brazil, while in other countries of Latin America, foreign investment is fleeing, despite these countries having signed treaties to protect investment.

Separate mention must be made regarding international policy movements involving what has come to be called Project ALBA. Venezuela, with all the economic possibilities it has, is leading a strong challenge with regard to the systems for resolving disputes in institutions that have domiciles in the United States, whether such institutions are international or not. On May 2, 2007, Bolivia announced its withdrawal from the ICSID, and in February 2009, it passed a Constitution whose wording heavily reflects the postulates of the Calvo Doctrine. On December 4, 2007, Ecuador announced that it would not accept the arbitration of the World Bank in matters involving natural resources, such as oil, natural gas and mining. We are witness to a series of declarations and international policy movements to create Latin American arbitration institutions. All these States continue to receive international claims and continue to participate actively in arbitration, of both a commercial nature as well as those relating to the protection of investment. Time will tell whether these debates, still in the area of international policy, will eventually solidify into an international arbitration center for the Latin American countries themselves, which, as is logical, would be faced with the task of earning the confidence of foreign investors as its first assignment.

Sovereign States do not like to be put on trial. However, pragmatism must prevail. International arbitration has been successful and there have

been numerous cases where States voluntarily abide by arbitral awards. Spain is a clear example. When an Argentine citizen called Mr. Maffezini had problems in Galicia with a State development company, he took the Kingdom of Spain to court⁹. The latter defended itself and, in the end, it was ordered to pay compensation for damages. Instead of questioning the rules of the game, the State accepted the arbitral decision and complied with it, while, at the same time, reaffirming its sovereignty. The Kingdom of Spain had plenty of possible grounds to seek the annulment of the arbitral award or to hinder its enforcement but it complied with its international obligations and abided by the award as issued.

Developing countries and international arbitration

The voice of developing countries is often unheard when problems of international arbitration are being analyzed. We have created a legal structure, first of commercial arbitration and later for the protection of investments, which has become excessively complex. Therefore, it is a good idea, at times, to leave aside our points of view to visit the other side of arbitration. The dissident voices in the countries of Latin America should be heard. Their main criticisms could be divided into the following six categories:

1. Democracy is deficient in the international arbitration tribunals, which, in contrast to the States that participate in arbitration, are not a result of elections whereby the citizens choose their leaders. As we mentioned above, this criticism is not overly accurate, if we keep in mind that international arbitration is a product of treaties that have been negotiated and ratified by the different authorities and governing bodies of the participating States. This is even truer when referring to the bodies that administrate the arbitration, such as the ICSID, whose members, specifically, are the States that participate in the World Bank.

True, at times arbitration tribunals can go too far and they ignore the consequences of a sovereign State's participation. I am thinking, for example, about the recent decision of an arbitration tribunal to accept the request for interim relief lodged by the investor. The tribunal, comprised

⁹ *Emilio Agustín Maffezini vs. the Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB 97/7.

undoubtedly of three jurists of worldwide expertise and prestige, ordered a Latin American republic to withdraw the criminal lawsuits it had filed in relation to an investment made in the past. Can arbitration go so far? It is hard for me to conceive that the authorities of the country in question might actually withdraw the criminal charges, without the person that decides to comply with the arbitral ruling incurring criminal liability. As is logical, such arbitral actions trigger strong criticism by those who find that their sovereign powers and obligations threatened by arbitration.

2. Modern international investment protection has been built, as we all know, upon bilateral and multilateral international treaties. Due to this, some arbitral awards raise debate as to where the limits lie regarding investors' protection. Does such protection authorize the arbitral tribunal to question the competence of the affected States to regulate such important subjects for their sovereignty as those relating to the applicable tax for certain businesses, environmental regulation, measures that affect citizens' social rights or the protection of health?

3. Public opinion is very sensitive to matters relating to corruption, fraud or money laundering. In principle, everyone admits that the so-called trans-national public order imposes certain limits to contracting and, subsequently, to arbitral decision-making. For years, arbitrators remained passive, due to a lack of proof regarding corruption allegations; it is not easy to present strong proof, which could later be used before the criminal courts. Today, given the greater transparency that exists in arbitration proceedings, the arbitrators are more conscious of these situations. Among other things, because filing for international arbitral protection is based on good faith and good faith does not exist if the most elemental rules of ethical behaviour have been violated. Proof in this regard is easier to find in a global world with an aggressive public opinion.

4. The presence of States in international arbitration requires transparency. Those of us who practice arbitration in the area of international commerce especially value its confidentiality; there are plenty of cases where this separation from publicity is what allows parties to trust and submit themselves to the decision of the arbitrators. In some cases, including in commercial arbitration, decisions must be public if they have implications for third parties; for example, when the company in

question is listed on the stock exchange. However, there is no question about the fact that States must submit to parliamentary control, which means that international arbitration may indeed require publicity, to which those who practice commercial arbitration are so allergic.

5. International arbitration has been very important over the last few years in Latin America. The statistics kept by the International Chamber of Commerce and, particularly, the ICSID are good proof of this. There is no doubt about the fact that through arbitral tribunals international law for investment protection has become more Latin American. Only a few years ago, international law was a subject that was only dealt with in French and English; today, circumstances have changed but perhaps what has not yet been modified is the importance that Anglo-Saxon thinking has on the management of international arbitration. Individuals that do not understand Spanish are frequently appointed as presidents of arbitration tribunals that must solve problems in Latin American countries. The parties, including the Latin American States, have the feeling that if they do not appoint Anglo-Saxon law firms, they may be in a less advantageous position to defend themselves. It is often heard, therefore, that the arbitration proceedings in Latin America are, to a certain extent, "kidnapped" by the Anglo-Saxon world. Active participation by Latin American arbitrators and an ever increasing role of Latin American law firms is starting to change custom and usage. It is definitely thought-provoking to consider that, although arbitration is officially "bilingual", the decision making process itself is carried out in English with the arbitral tribunal and with an Anglo-Saxon mentality. It is argued that the problem is not a question of language or translation but one of mentality; to give an example, the legal concept of good faith is approached very differently in one culture or another.

6. International arbitration has become a big business that is, moreover, excessively costly. The big law firms are the ones that are carrying out the macro-arbitral proceedings, when perhaps such proceedings could be simplified greatly. The long and tortuous "discovery battles", the at times inexplicable "show" of cross-examination without substance and arbitral hearings that last well beyond several weeks, when a good prior written preparation might have taken but a few days – are all subjects to be reflected upon. What is clear is that the sovereign States are right

sometimes when they complain about events that could be considered "gunboat arbitration". Arbitral awards turn into long treatises, whose observations are, at times, far from the decision that the arbitrators have to make "*sum cuique tribuere*"; President Guillaume was right when he recently warned, in a brilliant conference in Geneva, about the pedantry that sometimes surrounds investment protection arbitrators, who, when they are drafting their awards, are thinking more of their own future glory (through doctrinal citation), than of the parties who requested such decision. Arbitrators are not international legislators. Their main duty is not that of creating international jurisprudence or law, but rather resolving the disputes that are brought before them, and providing adequate reasons for their decision.

The great world recession in which our economies have been immersed since 2008 is raising debate about assumptions that were previously unquestionable. After the collapse of the world economy, the free market and the so-called 'Washington Consensus' are giving way to the temptations of protectionism. If the economic doctrine of Milton Friedman is giving way, once again, to that of Keynes, it should be of no surprise whatsoever that in international economic law, appeals to State sovereignty are ever more frequent. With good reason, Carlos Fuentes spoke about globalization at a world level but demanding efficiency within each sovereign State.

Dário Moura Vicente

Professor Catedrático da Faculdade
de Direito da Universidade de Lisboa

Arbitragem petrolífera*

1. A arbitragem como meio de resolução de litígios internacionais em matéria petrolífera: sua relevância atual e problemas que suscita

Os contratos internacionais respeitantes à produção de petróleo caracterizam-se, entre outros aspetos, pela elevada probabilidade de originarem litígios. Trata-se geralmente, com efeito, de contratos complexos e de longa duração, que têm como partes, por um lado, empresas privadas e, por outro, Estados ou outros entes públicos. Tais contratos implicam, além disso, consideráveis riscos comerciais e políticos, nomeadamente devido às frequentes variações do preço do *crude* nos mercados internacionais¹.

Estão em jogo neles interesses públicos do maior relevo, dado que têm por objeto a exploração de recursos naturais não renováveis de que são titulares, em muitos sistemas jurídicos, os próprios Estados. Outro interesse não menos relevante na sua regulamentação prende-se com a concessão de tratamento equitativo aos investidores estrangeiros. É este interesse, bem como a preocupação em evitar a sujeição ao poder jurisdicional do Estado contratante, que frequentemente leva os investidores estrangeiros a preferirem a arbitragem como meio de resolução dos litígios emergentes dos contratos petrolíferos.

* Texto que serviu de base às conferências proferidas pelo autor em Washington, D. C., em 7 de Abril de 2011, e em Luanda, em 20 de Junho de 2011.

¹ Ver MANUEL A. ABDALA, «Key Damage Compensation Issues in Oil and Gas International Arbitration Cases», *American University International Law Review*, 2009, pp. 539 ss.

Outras razões ainda explicam esta preferência. Entre elas avultam: a) O alto grau de tecnicidade dos referidos litígios, o qual requer julgadores com conhecimentos especializados; b) A necessidade de assegurar a confidencialidade dos processos, que não raro é essencial a fim de preservar a imagem e os segredos de negócio das partes; c) A circunstância de as decisões arbitrais serem hoje, de um modo geral, mais facilmente reconhecidas além-fronteiras do que as decisões judiciais; e d) A exclusão dos recursos das decisões arbitrais, amplamente consagrada nas legislações contemporâneas, a qual assegura uma resolução mais rápida dos litígios pela via arbitral.

Embora a denominada *Doutrina Calvo*, de acordo com a qual os estrangeiros estão obrigatoriamente sujeitos à jurisdição dos tribunais nacionais, que não pode ser excluída por convenções de arbitragem, ainda prevaleça atualmente em algumas partes do mundo (nomeadamente na América do Sul), a maioria dos Estados tem vindo a superar a relutância, que tradicionalmente caracterizava um vasto número deles, em sujeitar a arbitragem os litígios emergentes de contratos petrolíferos².

Não obstante isso, são vários e muito complexos os problemas suscitados pelas denominadas arbitragens petrolíferas. Entre eles sobressai, em primeiro lugar, o da determinação da lei aplicável. Diferentemente dos tribunais estaduais, os tribunais arbitrais não têm *lex fori*, visto que não administram a justiça em nome do Estado. Por conseguinte, não estão diretamente vinculados a determinadas regras de conflitos. Suscita-se assim a questão de saber como devem esses tribunais determinar a lei aplicável. Em segundo lugar, quando os Estados sejam partes de tais arbitragens, pode perguntar-se se e em que medida deve o Direito Internacional prevalecer sobre os respetivos Direitos. Em terceiro lugar, sempre que seja aplicável ao mérito da causa o Direito de um Estado islâmico, coloca-se o problema de saber se os árbitros podem aplicar a *Xaria*, que como se sabe vigora em numerosos países produtores de petróleo. Em quarto lugar, podemos interrogar-nos sobre que efeito (se algum) deve ser atribuído pelos árbitros, na resolução dos litígios em apreço, a critérios jurídicos supranacionais

² Ver PIETER SANDERS, *Quo Vadis Arbitration?*, Haia, 1999, pp. 40 ss.; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 3.ª ed., Alphen aan den Rijn, 2009, p. 144; e BERNARDO M. CREMADES, «State Participation in International Arbitration», *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 2011, pp. ... e ss.

como os usos e costumes da indústria petrolífera (a denominada *lex petrolea*). Em quinto lugar, põe-se o problema de saber até que ponto devem ser reconhecidos efeitos pelos tribunais arbitrais internacionais às denominadas *cláusulas de estabilização* frequentemente inseridas em contratos petrolíferos.

Ao longo dos últimos 60 anos, estes problemas foram amplamente versados em múltiplas sentenças arbitrais respeitantes a litígios emergentes de contratos petrolíferos. Essas sentenças deram assim um importante contributo, que iremos examinar neste estudo, para a teoria da arbitragem internacional. Antes porém importa traçar um breve panorama do atual quadro jurídico e institucional da arbitragem petrolífera internacional.

II. O quadro jurídico e institucional da arbitragem petrolífera internacional

a) Entre os textos normativos de maior significado para a arbitragem de litígios resultantes de investimentos estrangeiros, designadamente no setor energético, conta-se a Convenção de Para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos Entre Estados e Nacionais de Outros Estados, concluída em Washington, D.C., em 1965, sob os auspícios do Banco Mundial³. Até maio de 2011, tinham ratificado esta Convenção 157 Estados⁴.

A Convenção de Washington prevê a resolução dos litígios que integram o respetivo objeto por pessoas escolhidas pelas partes ou nomeadas pelo

³ Vejam-se sobre a Convenção: ARON BROCHES, «The Convention on the Settlement of Disputes Between States And Nationals of Other States», *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de Droit International*, vol. 136 (1972-II), pp. 331 ss.; ANDREAS R. LOWENFELD, «The ICSID Convention: Origins and Transformations», *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 2008, pp. 37 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, «A arbitragem CIRD e o regime dos contratos de Estado», *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 2008, pp. 75 ss.; CHRISTOPH H. SCHREUER, LORETTA MALITOPPI, AUGUST REINISCH & ANTHONY SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2.ª ed., Cambridge, 2009; e DÁRIO MOURA VICENTE, «Arbitragem de investimento: a Convenção ICSID e os tratados bilaterais», em curso de publicação na *Revista da Ordem dos Advogados*.

⁴ Ver <http://icsid.worldbank.org/ICSID>. Ratificaram esta Convenção, entre os países lusófonos, Portugal, Moçambique e Timor-Leste.

Presidente do Centro Internacional Para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (ICSID ou CIRDI), de entre os membros de uma lista de árbitros. A competência deste Centro encontra-se definida no art. 25.º, n.º 1, da Convenção, nos termos do qual:

«A competência do Centro abrangerá os diferendos de natureza jurídica diretamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa coletiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado contratante, diferendo esse cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes.»

Até abril de 2010, foram decididos no âmbito do ICSID 220 casos. Atualmente, estão pendentes nele 121 processos, dos quais 47 (i. é, 39%) correspondem a litígios em matéria de energia. Vários destes resultam de contratos petrolíferos.

Embora a autoridade e a influência do Banco Mundial possam estimular particularmente o cumprimento voluntário das decisões arbitrais proferidas no âmbito do ICSID, a Convenção de Washington regula também o reconhecimento das decisões proferidas ao abrigo das suas disposições. Esse reconhecimento deve ter lugar, em cada Estado membro, segundo o art. 54.º, n.º 1, «como se [a decisão em causa] fosse uma decisão final de um tribunal desse Estado».

b) Outro importante foro para a resolução pela via arbitral de litígios respeitantes a investimentos é o Tribunal de Reclamações Irão-Estados Unidos (*Iran-United States Claims Tribunal*)⁵.

Este Tribunal foi constituído na Haia, em 1981, com base na denominada «Declaração de Resolução de Reclamações» (*Claims Settlement Declaration*) do Governo da Argélia, a que os EUA e o Irão posteriormente aderiram. A sua competência cinge-se às reclamações apresentadas por nacionais de um Estado Parte contra o outro Estado Parte

⁵ Sobre a qual podem ver-se: DAVID CARON, «The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution», *American Journal of International Law*, 1990, pp. 104 ss.; GEORGE H. ALDRICH, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal: An Analysis of the Decisions of the Tribunal*, Oxford, 1996; David Caron & John R. Crook (editors), *The Iran-United States Claims Tribunal and the Process of International Claims Resolution*, Ardsley, Nova Iorque, 2000.

e a certas questões entre os Estados Partes. As arbitragens instauradas ao abrigo da Declaração são conduzidas de acordo com uma versão modificada do Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas Para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL).

Ao longo dos últimos 30 anos, as três Câmaras do Tribunal proferiram 600 decisões, várias das quais respeitantes a litígios petrolíferos.

Diferentemente porém das decisões proferidas nas arbitragens ICSID, as que emanam do Tribunal Irão-EUA não beneficiam de um mecanismo específico de reconhecimento. O art. IV, n.º 3, da *Claims Settlement Declaration* limita-se a dispor a este respeito:

«Qualquer decisão proferida pelo Tribunal contra um dos Governos será suscetível de ser reconhecida e executada contra esse Governo nos tribunais de qualquer país de acordo com as respetivas leis.»

O que levanta o problema de saber se o reconhecimento destas decisões pode processar-se ao abrigo da Convenção de Nova Iorque de 1958 Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

No caso *Dalial v. Bank Mellat*⁶, decidido em 1986, o *High Court* inglês considerou que uma decisão oriunda do Tribunal Irão-EUA não seria suscetível de ser reconhecida em Inglaterra ao abrigo dessa Convenção. Já no caso *Gould Marketing Inc. v. Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran*⁷, julgado em 1992, o Tribunal Federal de Apelação para o 9.º Circuito entendeu que a mesma Convenção seria aplicável ao reconhecimento nos Estados Unidos das decisões do referido Tribunal, aduzindo para tanto que uma decisão «não carece de ser proferida ao abrigo de uma lei nacional para que um tribunal possa exercer a sua competência quanto ao respetivo reconhecimento nos termos da Convenção de Nova Iorque». A questão permanece controvertida na doutrina⁸.

⁶ Cfr. a decisão reproduzida no *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1986, pp. 547 ss. Veja-se também, sobre este caso, P. F. KUNZLIK, «Public International Law – Cannot Govern a Contract. Can Authorize an Arbitration», *The Cambridge Law Journal*, 1986, pp. 377 ss.

⁷ Cfr. a decisão reproduzida em *ibidem*, 1990, pp. 605 ss.

⁸ Ver JEAN-FRANÇOIS POUDET & SÉBASTIEN BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurich, etc., 2002, pp. 866 ss.

c) Em 1994, foi concluído em Lisboa um instrumento internacional inovador, que prevê a resolução por arbitragem de litígios em matéria de petróleo e outras fontes de energia: o Tratado da Carta da Energia (*Energy Charter Treaty* ou TCE)⁹.

Este tratado multilateral foi subscrito por 51 países europeus e asiáticos, bem como pela União Europeia, e entrou em vigor em 1998. Um certo número de países, incluindo os Estados Unidos da América, acedeu entretanto ao estatuto de observador¹⁰.

O Tratado visa abrir os mercados da energia dos respetivos Estados membros, em ordem a promover o seu funcionamento eficiente. Procura também proteger os investimentos no setor da energia e assegurar condições de igualdade aos concorrentes neste domínio da atividade económica.

O art. 26.º do TCE prevê que os diferendos entre uma Parte Contratante e um investidor de outra Parte Contratante, relativos a um investimento deste último no território da primeira, serão resolvidos por conciliação ou arbitragem. Os diferendos que não sejam resolvidos amigavelmente podem ser submetidos, à escolha do investidor, a uma de três modalidades de arbitragem mencionadas no art. 26.º, n.º 4: a) A arbitragem ICSID, se a Parte Contratante de que o investidor é nacional ou de acordo com cuja lei foi constituído e a Parte Contratante demandada forem ambas signatárias da Convenção de Washington (podendo também ter lugar uma arbitragem desse tipo ao abrigo do Regulamento de Facilidades Adicionais do ICSID, se uma das Partes Contratantes, mas não ambas, for parte dessa Convenção); b) A arbitragem *ad hoc* ao abrigo do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL; ou c) A arbitragem institucional prevista no Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo.

O TCE não exige uma convenção de arbitragem a fim de que o diferendo possa ser submetido a um tribunal arbitral. Ao subscreverem o

⁹ Sobre as disposições de arbitragem deste Tratado, vejam-se THOMAS W. WALDE, «Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation», *Arbitration International*, 1996, pp. 429 ss.; MATTHEW D. SLATER, «The Energy Charter Treaty: A Brief Introduction to its Scope and Initial Arbitral Awards», in Association for International Arbitration (org.), *Alternative Dispute Resolution in the Energy Sector*, Antuérpia/Apeldoorn/Portland, 2009, pp. 15 ss.; e PAUL OXNARD & BENOIT LE BARS, «Arbitration of Energy Disputes: Practitioners' Views From London and Paris», in *ibidem*, pp. 55 ss.

¹⁰ Veja-se o estado das ratificações em <http://www.encharter.org>.

Tratado, as Partes Contratantes deram, de acordo com o art. 26.º, n.º 3, o seu «consentimento incondicional para a submissão do diferendo a arbitragem ou conciliação internacional nos termos das disposições deste artigo». Para os Estados membros do TCE e para a União Europeia, a arbitragem ao abrigo do Tratado é *hoc sensu* obrigatória.

Este mecanismo de resolução de diferendos é, no entanto, restringido pelo art. 26.º, n.º 1, do Tratado às violações de obrigações das Partes Contratantes decorrentes da Parte III do Tratado, respeitante à promoção e proteção de investimentos.

De acordo com o art. 26.º, n.º 8, do Tratado, cada Parte Contratante obriga-se a executar sem demora qualquer decisão arbitral proferida em conformidade com as disposições daquele e a tomar medidas para a aplicação efetiva dessas decisões no respetivo território.

Os diferendos entre as Partes Contratantes do TCE podem também ser resolvidos por um tribunal arbitral *ad hoc* cujos membros serão nomeados, de acordo com o art. 27.º, pelas próprias partes ou pelo Secretário-Geral do Tribunal Permanente de Arbitragem Internacional. São aplicáveis, neste caso, as regras de arbitragem da UNCITRAL.

III. O Direito aplicável ao mérito da causa

a) Agora pergunta-se: que Direito devem os tribunais arbitrais aplicar às questões petrolíferas que lhes forem submetidas para julgamento?

As regras comuns de Direito Internacional Privado preveem geralmente a aplicação aos contratos internacionais da lei de uma das partes – v.g., na falta de escolha por estas, a lei do país onde a parte que deve realizar a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual ou a sua administração central¹¹ ou a lei do lugar da celebração do contrato¹².

¹¹ Ver o art. 4.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais («Roma I»), publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 177, de 4 de julho de 2008, pp. 6 ss.

¹² Cfr. o art. 42.º, n.º 2, do Código Civil angolano.

Tais regras mostram-se, todavia, inadequadas aos litígios emergentes de contratos petrolíferos entre Estados ou outros entes públicos e empresas estrangeiras.

Com efeito, as partes em tais contratos não se encontram, por via de regra, em posição de paridade, dado que os Estados exercem poderes soberanos ao abrigo dos quais podem modificar as leis ou regulamentos aplicáveis ao contrato, bem como nacionalizar ou expropriar os bens do investidor estrangeiro.

Os investidores privados que concluem tais contratos carecem, por isso, de proteção contra a possibilidade de os Estados utilizarem os seus poderes legislativos em ordem a subtraírem-se às respetivas obrigações contratuais.

Por outra parte, conforme notámos acima, estão também em jogo em tais contratos interesses públicos que têm de ser tidos em conta na resolução dos litígios deles emergentes, inclusive no que diz respeito à determinação do Direito aplicável.

b) Uma solução possível para este problema consiste em aplicar o Direito Internacional Público¹³. Esta solução reforça consideravelmente a posição dos particulares que sejam partes nos contratos em apreço, na

¹³ Solução que foi preconizada *inter alia* por ALFRED VERDROSS, «Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1957/58, pp. 635 ss.; F.A. MANN, «The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons», *British Yearbook of International Law*, 1959, pp. 34 ss.; PROSPER WEIL, «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 128 (1969-III), pp. 95 ss. (pp. 148 ss.); e KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Frankfurt a.M., 1971, pp. 119 ss. Ver também, na literatura portuguesa, DÁRIO MOURA VICENTE, *Da arbitragem comercial internacional*, Coimbra, 1990, pp. 227 ss. e 286 ss.; *idem*, «Direito aplicável aos contratos públicos internacionais», *In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Lisboa, 2006, vol. I, pp. 289 ss.; FAUSTO DE QUADROS, «Direito Internacional Público I – Programa, conteúdos e métodos de ensino», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1991, pp. 351 ss. (p. 445); *idem*, *A proteção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, 1998, p. 55; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA & FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a ed., Coimbra, 1993, p. 181; e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento comum (joint-venture) em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1998, pp. 507 ss.

medida em que, por força dela, as obrigações assumidas pelos Estados em virtude de tais contratos são tratadas como vinculações internacionais, a que os Estados não podem eximir-se invocando as suas leis internas.

Não obstante isso, tem por vezes sido manifestada a preocupação, aliás inteiramente legítima, de que uma plena «internacionalização» ou «deslocalização» dos denominados *State Contracts* pode restringir indevidamente o direito dos povos à soberania permanente sobre os seus recursos naturais¹⁴.

Além disso, o Direito Internacional Público não contém quaisquer regras que disciplinem certas questões do maior relevo frequentemente suscitadas pelas obrigações contratuais. A Convenção Sobre o Direito dos Tratados¹⁵, por exemplo, não regula a indemnização dos danos causados pela violação de obrigações contratuais. A aplicação do Direito Internacional Público às arbitragens petrolíferas internacionais pode, por isso, revelar-se impraticável.

Não surpreende, a esta luz, que sejam raras as decisões arbitrais que determinam a aplicação exclusiva do Direito Internacional Público a litígios em matéria petrolífera. O que não significa, importa notá-lo, que o Direito Internacional Público seja irrelevante no que toca a esses litígios. Como veremos, ele pode ser atendido quer como elemento constituinte do Direito do Estado contratante quer como limite à aplicação deste último.

c) Uma solução alternativa, que visa também possibilitar uma certa «desnacionalização» das arbitragens petrolíferas, consiste em aplicar às questões controvertidas nestas os princípios gerais de Direito¹⁶.

Esta orientação foi adotada, por exemplo, no caso *Sapphire International Petroleum Limited v. National Iranian Oil Company*

¹⁴ Que as Nações Unidas reconheceram em diversas resoluções como elemento constitutivo fundamental do direito à autodeterminação: ver, por exemplo, a Resolução da Assembleia Geral n.º 1803 (XVII) de 14 de dezembro de 1962.

¹⁵ Feita em Viena em 23 de maio de 1969 e em vigor desde 27 de janeiro de 1980. Publicada in *United Nations Treaty Series*, vol. 1155, pp. 331 ss.

¹⁶ Ver LORDE MCNAIR, «The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations», *British Yearbook of International Law*, 1957, pp. 1 ss.; PHILIPPE FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pp. 423 ss.; RENÉ DAVID, «L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats», in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, 1978, pp. 383 ss.; e PETER NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999, pp. 192 s.

(NIOC)¹⁷, decidido em 1963. O juiz suíço Pierre Cavin, funcionando em Lausana como árbitro único, aplicou nesse caso ao contrato que deu origem ao litígio os «princípios jurídicos geralmente reconhecidos pelas nações civilizadas», com exclusão do Direito iraniano, embora o Irão fosse o lugar da celebração do contrato e onde era devido o cumprimento das obrigações dele resultantes. Nessa base, o árbitro entendeu que a requerida, por se ter recusado a cooperar adequadamente com a requerente, tinha violado o princípio *pacta sunt servanda*; e decidiu que esta infração aos seus deveres conferia à requerente o direito a ser indenizada pelos danos sofridos.

Este precedente foi posteriormente invocado, *inter alia*, no caso *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft mbH (DST) et al. v. The Government of the State of Ras Al Khaimah and the Ras Al Khaimah Oil Company (Rakoil)*¹⁸. Na espécie, estava em causa um contrato de concessão concluído entre o Governo do Ras Al Khaimah e um grupo de empresas estrangeiras para a exploração de petróleo e gás nas águas territoriais deste Emirato Árabe. O tribunal arbitral, constituído por Pierre Folliet, Bjorn Haug e Cedric Barclay, considerou que seria inapropriada a aplicação da lei de qualquer das referidas empresas ou do Estado contratante. Por esse motivo, decidiu aplicar «o que se tornou prática comum nas arbitragens internacionais, em particular no domínio das concessões de exploração petrolífera e especialmente nas arbitragens localizadas na Suíça». Segundo o tribunal, essa prática «deveria ser do conhecimento das partes», sendo por isso «correspondente à sua vontade implícita». Nesta conformidade, declararam os árbitros que «a *proper law* deste caso são os princípios jurídicos internacionalmente aceites que regem as relações contratuais».

Esta linha de pensamento foi igualmente observada no caso *Mobil Oil Iran Inc. v. Islamic Republic of Iran*, decidido pelo *Iran-United States Claims Tribunal* em 1987¹⁹. Os requerentes haviam instaurado um processo arbitral contra o Governo do Irão e a *National Iranian Oil Company*

¹⁷ Cfr. a decisão reproduzida no *The International and Comparative Law Quarterly*, 1964, pp. 1011 ss.

¹⁸ Decisão arbitral CCI n.º 3572, de 1982, reproduzida in SIGVARD JARVIN, YVES DERAINS & JEAN-JACQUES ARNALDEZ (orgs.), *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, Paris, etc., 1994, pp. 154 ss.

¹⁹ Cfr. a decisão reproduzida no *American Journal of International Law*, 1988, pp. 136 ss.

(NIOC), visando a condenação destas entidades no pagamento de uma indemnização pelos danos que lhes haviam sido alegadamente causados em virtude do incumprimento e da resolução ilícita de um contrato de compra e venda de produtos petrolíferos concluído em 1973. O contrato continha uma cláusula de escolha da lei aplicável, nos termos da qual o mesmo deveria ser interpretado de acordo com a lei iraniana. Não obstante isso, a 3.ª Câmara do Tribunal Arbitral Irão-EUA entendeu que, dada a natureza internacional do contrato em apreço, não seria apropriado aplicar-lhe a lei de qualquer das partes. Por esse motivo, decidiu que o Direito iraniano apenas seria aplicável às questões de interpretação do contrato e que os princípios gerais de Direito Comercial e de Direito Internacional regeriam todas as demais questões controvertidas. Entre esses princípios contar-se-ia, segundo o Tribunal, o de que a «força maior» (*force majeure*) constitui fundamento de suspensão ou resolução do contrato. Contudo, o tribunal entendeu que, à data da resolução do contrato pela NIOC (10 de março de 1979), a situação ocorrente não era suscetível de ser caracterizada como de força maior.

Apesar de engenhosa, esta construção não ficou imune à crítica. Frequentemente, com efeito, não é possível identificar princípios jurídicos universalmente aceites sobre questões da maior importância suscitadas pelos contratos internacionais. Tomemos, a fim de exemplificar, a responsabilidade pela violação de deveres pré-contratuais de conduta emergentes do princípio da boa fé. Ao passo que os Códigos Cíveis alemão e português impõem essa responsabilidade nos casos ditos de *culpa in contrahendo* e conferem por conseguinte um alto grau de proteção à confiança depositada por cada uma das partes na conduta da outra durante os preliminares do contrato, o Direito inglês, que adota uma orientação muito mais liberal a este respeito, rejeita-a expressamente²⁰.

Mas ainda que possa identificar-se um princípio geral de Direito relativamente a determinada questão controvertida numa arbitragem internacional, a sua índole necessariamente muito indeterminada confere aos árbitros um alto grau de discricionariedade, que pode revelar-se nociva

²⁰ Ver, sobre o ponto, DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, pp. 239 ss., com mais referências.

sob o ponto de vista da previsibilidade das suas decisões e, por conseguinte, da segurança jurídica no comércio internacional²¹.

Consideremos, a título de exemplo, o caso *BP v. Líbia*, decidido em 1973 pelo Juiz Gunnar Lagergren como árbitro único²². A cláusula de escolha da lei aplicável contida no contrato que regulava a concessão petrolífera feita à BP pela Líbia adotava um «sistema de dois níveis» («two-tier system»), de acordo com o qual os litígios dele emergentes seriam em primeira linha regidos pelos princípios de Direito comuns ao Direito líbio e ao Direito Internacional e, na falta de tais princípios, pelos princípios gerais de Direito. À luz destes, o árbitro decidiu que a nacionalização da concessão, decretada em 1971 pelo Governo líbio, constituía um incumprimento do contrato, na medida em que era arbitrária, discriminatória e confiscatória. O árbitro entendeu, todavia, que não haveria lugar na espécie à execução específica do contrato, dado que os Direitos inglês, americano, dinamarquês e alemão divergiam entre si quanto à respetiva admissibilidade. Com este fundamento, o árbitro decidiu que a Líbia apenas deveria ser obrigada a indemnizar a BP, em valor a liquidar em processo arbitral posterior²³.

À conclusão oposta chegou o Professor René-Jean Dupuy na decisão que proferiu em 1977 como árbitro único no caso *Texaco v. Líbia*²⁴. A cláusula de escolha da lei aplicável era neste caso idêntica à que figurava no referido contrato entre a BP e a Líbia. As pretensões da Texaco decorriam igualmente da nacionalização de uma concessão petrolífera, ocorrida em 1973 e 1974, que o árbitro entendeu constituir uma violação do contrato celebrado pelas partes. Mas o árbitro considerou que, ao abrigo do Direito líbio e do Direito Internacional, a reparação das consequências da violação das obrigações contratuais a cargo da parte inadimplente deveria ter lugar mediante a *restitutio in integrum*. A concessão continuaria, assim, a

²¹ Sublinhou-o WILHELM WENGLER, in «Allgemeine Rechtsgrundsätze als wählbares Geschäftsstatut», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1982, pp. 11 ss.

²² Decisão reproduzida no *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1980, pp. 143 ss. e na *Revue de l'arbitrage*, 1980, pp. 117 ss.

²³ As partes puseram mais tarde termo ao litígio por uma transação em que o Estado líbio se obrigou a pagar à BP o valor de 17,4 milhões de Libras esterlinas.

²⁴ Reproduzida no *Clunet - Journal de Droit International*, 1977, pp. 319 ss., e no *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1979, pp. 177 ss. Ver também, sobre esta decisão, JEAN-FLAVIEN LALIVE, «Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères», *Clunet - Journal de Droit International*, 1977, pp. 319 ss.

vincular as partes. Nesta conformidade, a Líbia foi condenada a cumprir o contrato²⁵.

Outra conclusão ainda foi alcançada, na base da mesma cláusula de escolha da lei aplicável, no caso *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Líbia*, decidido em 1977 por um jurista libanês, Sobhi Mahmassani, funcionando também como árbitro único²⁶. A LIAMCO, uma empresa norte-americana, tinha obtido uma concessão de exploração e produção de petróleo na Líbia, a qual fora nacionalizada entre 1973 e 1974. Instaurou subsequentemente um processo arbitral contra a República da Líbia, reclamando a restauração dos seus direitos ao abrigo da concessão ou o pagamento de uma indemnização. O árbitro entendeu que a nacionalização da concessão era lícita, mas que a concessionária tinha direito, apesar disso, a uma compensação. Decidiu outrossim que o montante dessa compensação deveria ser determinado em conformidade com os princípios gerais de Direito, dado que não havia qualquer prova concludente de que existissem princípios comuns ao Direito líbio e ao Direito Internacional a este respeito. Ora, segundo o árbitro, entre aqueles primeiros princípios incluir-se-ia o da equidade. Seria por isso razoável e justo adotá-lo como critério de determinação do montante da compensação devida à LIAMCO. À luz deste critério, o valor a pagar pela Líbia deveria corresponder ao valor de mercado dos ativos da LIAMCO, ao tempo da nacionalização. Os lucros cessantes deveriam também, de acordo com o mesmo critério, ser compensados. Foi assim reconhecido à LIAMCO o direito a uma compensação no montante de aproximadamente 80 milhões de dólares, acrescidos de juros e custas.

Estes casos evidenciam que a aplicabilidade dos princípios gerais de Direito às arbitragens petrolíferas pode gerar um alto grau de incerteza quanto às respetivas decisões²⁷.

d) Uma terceira orientação acerca do modo de determinar a lei aplicável às arbitragens petrolíferas ganhou entretanto terreno. Consiste

²⁵ Também este litígio foi subsequentemente objeto de uma transação, no montante de 152 milhões de dólares norte-americanos.

²⁶ Cfr. a decisão reproduzida na *Revue de l'arbitrage*, 1980, pp. 132 ss.

²⁷ Para uma comparação das três decisões descritas no texto, veja-se BRIGITTE STERN, «Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. Les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1980, pp. 3 ss.

em aplicar as regras escolhidas pelas partes ou, na falta de escolha, as do Estado contratante. A aplicabilidade do Direito interno deste encontra-se no entanto, de acordo com a mesma orientação, limitada pelo Direito Internacional, na medida em que as regras do primeiro não se aplicam sempre que se mostrem incompatíveis com as do segundo.

Este sistema, dito de «Direitos concorrentes», procura tomar em conta os diferentes interesses em jogo: por um lado, a aplicabilidade da lei do Estado contratante atende aos interesses soberanos deste; por outro, a relevância conferida ao Direito Internacional confere a proteção necessária aos interesses dos particulares que com ele contratam.

É esta, no essencial, a orientação acolhida no art. 42.º, n.º 1, da Convenção ICSID, que dispõe:

«O tribunal julgará o diferendo em conformidade com as regras de direito acordadas entre as partes. Na ausência de tal acordo, o tribunal deverá aplicar a lei do Estado Contratante parte no diferendo (incluindo as regras referentes aos conflitos de leis), bem como os princípios de direito internacional aplicáveis.»

Por força desta regra, se o Direito nacional aplicável ao contrato permitir ao Estado contratante expropriar ou nacionalizar os bens da outra parte sem compensação, prevalecerá sobre ele o princípio de Direito Internacional costumeiro que exige o pagamento dessa compensação.

Foi esta a conclusão fundamental a que chegou o tribunal arbitral na decisão proferida sobre o caso *AGIP v. Congo*, a primeira arbitragem petrolífera que teve lugar sob a égide da Convenção ICSID²⁸. Os bens da AGIP no Congo haviam sido nacionalizados em 1975 e transferidos para uma empresa local por um decreto que declarava expressamente não resultar dele o direito dos titulares da empresa nacionalizada a qualquer compensação. Numa decisão proferida em 1979, o tribunal, composto por Jogen Trolle, René-Jean Dupuy e Fuad Rouhani, examinou a validade do referido decreto sob o ponto de vista do Direito Internacional e concluiu que o ato de nacionalização era incompatível com este. O Governo do Congo foi condenado, com esse fundamento, a indemnizar a AGIP.

A mesma orientação fundamental foi observada numa decisão proferida

²⁸ Reproduzida no *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1983, pp. 133 ss.

em 1988 no caso *Wintershall AG v. The Government of Qatar*²⁹, por um tribunal arbitral *ad hoc* integrado por John Stevenson, Bernardo Cremades e Ian Brownlie. O caso dizia respeito a um Acordo de Partilha de Exploração e Produção (*Exploration and Production Sharing Agreement* ou EPSA), ao abrigo do qual o Qatar havia concedido à requerente e a outras empresas o direito exclusivo de explorar e produzir petróleo numa determinada área sita ao largo do Qatar, assim como de armazenar, transportar e vender esse petróleo no Qatar e de exportá-lo. Os requerentes alegavam que o Qatar tinha violado o dito acordo, ao impedir o seu acesso a uma parte da área concessionada. O contrato não continha qualquer cláusula de escolha da lei aplicável. O tribunal entendeu que a lei aplicável seria a do Qatar, dada a estreita conexão entre o contrato e este país. O Direito Internacional Público seria, no entanto, também aplicável segundo o tribunal (embora não fosse relevante quanto às questões controvertidas no caso).

Nesta matéria, a *Iran-US Claims Settlement Declaration* confere ao tribunal arbitral uma discricionariedade mais ampla, ao dispor no art. V:

«O Tribunal decidirá todos os casos com base no respeito pelo Direito, aplicando as regras de conflitos de leis e os princípios de Direito comercial e internacional que considere aplicáveis e tomando em consideração os usos mercantis relevantes, as estipulações contratuais e as alterações de circunstâncias.»

De todo o modo, a referência constante deste preceito a regras de conflitos de leis sugere que deve ser sempre considerada pelo Tribunal a aplicabilidade de um Direito nacional.

O art. 26.º, n.º 6, do Tratado da Carta da Energia revela uma orientação mais restritiva no que se refere à aplicabilidade da lei do Estado contratante, na medida em que dispõe:

«Um tribunal estabelecido nos termos do n.º 4 decidirá as questões em litígio em conformidade com o presente Tratado e as regras e os princípios aplicáveis do direito internacional.»

²⁹ Reproduzida in *International Legal Materials*, 1989, pp. 795 ss.

Parece-nos, contudo, que esta disposição não deve ser interpretada no sentido de que exclui a aplicação do Direito do Estado contratante, pelo menos nos litígios com investidores privados. Por diversas razões.

Por um lado, porque a aplicabilidade de um Direito nacional se encontra expressamente prevista nas regras de conflitos da Convenção ICSID (art. 42.º), do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL (art. 33.º) e do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (art. 22.º), para as quais remete, como vimos, o art. 26.º, n.º 4, do TCE.

Por outro lado, porque sempre que o contrato de que o litígio resulte contiver uma cláusula de escolha da lei aplicável os árbitros não podem ignorá-la, na medida em que se trata de uma expressão da autonomia privada protegida pelo próprio Direito Internacional. Este ponto de vista foi, aliás, explicitamente admitido no caso *LIAMCO*.

Finalmente, porque, conforme dissemos, frequentemente o Direito Internacional não dá qualquer resposta aos problemas jurídicos postos pelos contratos ou concessões submetidos à apreciação dos tribunais arbitrais. Tal a razão por que a força vinculativa do contrato deve, a nosso ver, ser aferida em primeira linha de acordo com um Direito nacional.

A disposição atrás citada deve por isso ser entendida, no nosso modo de ver, no sentido de que, sempre que seja aplicável um Direito nacional, este deve conformar-se com o Direito Internacional.

A aplicabilidade de um Direito estadual à arbitragem internacional, na falta de escolha pelas partes da lei aplicável, encontra-se também prevista no art. 43.º, n.º 3, da lei angolana da arbitragem voluntária (a Lei n.º 16/03, de 25 de julho)³⁰.

IV. A aplicabilidade da *Xaria*

a) Em muitos países produtores de petróleo, a *Xaria* islâmica é a principal fonte de Direito. Tal o caso, *inter alia*, da Líbia e da Nigéria, em África, e da Arábia Saudita e do Kuwait no Médio Oriente.

Esta circunstância suscita o problema de saber se e em que medida devem ser aplicadas as regras da *Xaria* às arbitragens internacionais

³⁰ Dispõe esse texto: «Na falta de designação das partes, o tribunal aplica o direito resultante da aplicação da regra de conflitos de leis que julgue aplicável na espécie».

relativas a litígios petrolíferos³¹. Este problema foi objeto de diversas decisões arbitrais, das quais emergiram duas orientações fundamentais.

b) No caso *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*, decidido em 1951 por Lorde Asquith of Bishopstone³², o árbitro único declarou no tocante à questão da lei aplicável à interpretação do contrato:

«Este é um contrato concluído no Abu Dhabi e cuja execução é inteiramente devida nesse país. Se fosse aplicável um sistema jurídico nacional, este seria *prima facie* o do Abu Dhabi. Não pode todavia razoavelmente sustentar-se que um tal sistema exista. O Xequete administra uma justiça puramente discricionária com apoio no Corão; e seria fantasioso sugerir que nesta região muito primitiva existe um corpo assente de princípios jurídicos aplicáveis à interpretação de instrumentos comerciais modernos.»

O árbitro invocou em seguida uma cláusula do contrato da qual se retiraria, em seu entender, a aplicabilidade de «princípios fundados no bom senso e na prática comum da generalidade das nações civilizadas – uma espécie de Direito Natural moderno». Nesta base, declarou o árbitro:

«Embora o Direito inglês seja inaplicável enquanto tal, algumas das suas regras estão a meu ver de tal forma baseadas na razão que devem ser tidas como integrantes deste Direito Natural moderno.»

Suscitou-se um problema semelhante no caso *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company, Ltd.*, decidido em 1953 por Sir Alfred Bucknill³³. Em face dos pareceres de dois peritos em Direito Muçulmano, o árbitro concluiu que «não existe no Qatar um conjunto de princípios

³¹ Ver, sobre o ponto, PIETER SANDERS, *op. cit. supra* (nota 2), pp. 51 ss.; Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3.ª ed., Londres, 1999, pp. 110 ss.; JULIAN D. M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS & STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague/London/New York, 2003, pp. 447 ss.; ALI MEZGHANI, «Le droit musulman et l'arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, 2008, pp. 211 ss.; MARY B. AYAD, «Harmonisation of International Commercial Arbitration and Shari'a», *Macquarie Journal of Business Law*, 2009, pp. 93 ss.; ABDUL EL-AHDAB, *Arbitration With the Arab Countries*, 3.ª ed., Alphen aan den Rijn, 2011.

³² Decisão reproduzida no *The International and Comparative Law Quarterly*, 1952, pp. 247 ss., e em *International Law Reports*, 1957, pp. 144 ss.

³³ Decisão reproduzida em *International Law Reports*, 1953, pp. 534 ss.

jurídicos aplicáveis à interpretação de instrumentos comerciais modernos e que «o Direito [Muçulmano] não contém princípios suficientes para interpretar este contrato em particular». Além disso, segundo o árbitro, «se fosse aplicável o Direito Muçulmano, certas partes do contrato ficariam expostas à grave crítica de serem inválidas». Na sua opinião, por conseguinte, «nenhuma das partes teve em mente a aplicação do Direito Muçulmano». Ao invés, as partes teriam «querido que o acordo fosse regido pelos “princípios da justiça, da equidade e da boa consciência”».

c) Em ambos os casos os árbitros excluíram, por conseguinte, a aplicabilidade do Direito Muçulmano ao mérito da causa. Esta «escolha negativa» do Direito aplicável não foi contudo reiterada em litígios posteriores.

No caso *Aramco v. Saudi Arabia*³⁴, julgado em 1958 por um tribunal arbitral integrado por um professor de Direito suíço, Georges Sauser-Hall, e por dois juristas egípcios, Mohamed Hassan e Saba Habachi, a convenção de arbitragem determinava expressamente que o litígio seria decidido de acordo com o Direito da Arábia Saudita no tocante às matérias pertencentes à jurisdição da Arábia Saudita; e pelo Direito que o tribunal arbitral considerasse aplicável nas demais matérias. O Direito saudita era, de acordo com a mesma convenção, «o Direito Muçulmano conforme ensinado pela Escola do Imã Ahmed Ibn Hanbal e aplicado na Arábia Saudita». A concessão em causa nesse processo foi assim tida pelo tribunal arbitral por sujeita à *Xaria*, tal como esta vigorava na Arábia Saudita. Contudo, a *Xaria* não continha, segundo o tribunal, regras precisas sobre a exploração de jazidas petrolíferas. Na medida em que subsistissem dúvidas sobre o conteúdo ou o significado do contrato, seriam por conseguinte aplicáveis os princípios gerais de Direito. Estes completariam também, de acordo com o tribunal, as estipulações das partes quanto aos seus direitos e obrigações.

³⁴ Decisão reproduzida na *Revue critique de droit international privé*, 1963, pp. 304 ss. Ver também sobre este caso SUZANNE BASTID, «Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'Aramco», *Annuaire français de droit international*, 1961, pp. 300 ss.; e HENRI BATIFFOL, «La sentence Aramco et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 1964, pp. 647 ss.

No caso *LIAMCO*, foi levado a cabo um esforço consideravelmente superior no sentido de determinar a existência de regras da *Xaria* aplicáveis a uma concessão petrolífera e às consequências da sua resolução. Citando o Corão, a Suna e a Majala Otomana, o árbitro único procurou neste caso demonstrar que a *Xaria* – que considerou parte do Direito líbio – continha regras compatíveis com o Direito Internacional sobre a força vinculativa dos contratos, a execução específica das obrigações contratuais e a indemnização dos danos causados por incumprimento contratual. O árbitro distanciou-se assim da internacionalização do litígio empreendida pelos árbitros nos casos líbios acima referidos.

A Convenção ICSID não regula expressamente o problema da aplicabilidade de fontes religiosas de Direito. Mas o art. 42.º, n.º 1, dessa Convenção, a que fizemos referência, afigura-se incompatível com a orientação seguida nas arbitragens relativas aos casos de que eram partes o Abu Dhabi e o Qatar. Por duas razões: em primeiro lugar, porque ao determinar a aplicação das «regras de Direito que hajam sido acordadas pelas partes», a Convenção parece permitir a escolha pelas partes de regras de Direito religioso; em segundo lugar, porque ao dispor que se aplicará a lei do Estado Contratante parte no diferendo, na falta de escolha pelas partes das regras aplicáveis, a Convenção conduz também à aplicação das regras da *Xaria* que integrem o Direito vigente nesse Estado. Tais regras apenas poderão ser excluídas pelos árbitros, de acordo com o mesmo preceito, se e na medida em que se revelem incompatíveis com os ditames do Direito Internacional.

V. A emergência de uma *lex petrolea*

a) Pode ainda perguntar-se a respeito do tema em exame qual o papel que deve ser reservado aos usos e costumes da indústria petrolífera, que alguns têm caracterizado como uma *lex petrolea* ou um novo ramo da denominada *lex mercatoria*³⁵.

³⁵ Ver, sobre o conceito de *lex petrolea*, R. DOAK BISHOP, «International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a *Lex Petrolea*», *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1998, pp. 1131 ss.

Na jurisprudência arbitral, a noção de *lex petrolea* parece ter sido utilizada pela primeira vez na decisão proferida em 1982 sobre o caso *Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil)*³⁶. Este caso dizia respeito à nacionalização de uma concessão petrolífera de que era titular esta empresa no Kuwait, a qual lhe havia sido outorgada em 1948 por 60 anos. De acordo com o tribunal, seriam aplicáveis ao caso o Direito do Kuwait e o Direito Internacional Público, este último enquanto elemento constituinte do primeiro.

Nas suas alegações, o Governo do Kuwait invocou diversas decisões anteriores respeitantes a nacionalizações de concessões petrolíferas ocorridas no Médio Oriente. Essas decisões teriam alegadamente gerado uma regra de Direito costumeiro própria da indústria petrolífera – uma regra da *lex petrolea* – segundo a qual a compensação a pagar em caso de nacionalização de uma concessão deveria limitar-se ao valor contabilístico líquido (*net book value*) dos ativos do concessionário.

O tribunal, constituído pelos Professores Paul Reuter e Hamed Sultan e por Sir Gerald Fitzmaurice, Q.C., não se conformou, contudo, com este ponto de vista. Sublinhou, na sua decisão, que o critério do «valor contabilístico líquido», preconizado pelo Kuwait, tinha sido utilizado em negociações e não em arbitragens; que o consentimento dado pelos investidores a esse critério havia sido obtido no contexto de constrangimentos económicos e políticos muito fortes; e que o mesmo não constituía uma expressão da *opinio iuris*, não podendo, por conseguinte, ser tido como correspondente a uma regra de Direito Internacional. Em consequência disso, o tribunal concedeu à Aminoil uma compensação que visava refletir as suas expectativas legítimas quanto à evolução das receitas da concessão, à luz das circunstâncias ocorrentes no período que precedeu a nacionalização dos seus ativos no Kuwait.

b) Pode, em todo o caso, perguntar-se qual deve ser o estatuto da *lex petrolea* na arbitragem internacional.

Não é certo, a nosso ver, que os usos e costumes da indústria petrolífera possam com propriedade ser caracterizados como um sistema jurídico autónomo (*hoc sensu*, uma *lex*) suscetível de ser aplicado nas arbitragens petrolíferas como uma alternativa às leis nacionais.

³⁶ Decisão reproduzida no *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1984, pp. 71 ss.

Em larga medida, esses usos e costumes não foram codificados (contrariamente ao que sucedeu noutros ramos da *lex mercatoria*, como por exemplo os que são abrangidos pelos *Incoterms*, pelas *Regras e Usos Uniformes Sobre Garantias Contratuais* e pelas *Regras e Usos Uniformes Sobre Créditos Documentários* emanados da Câmara de Comércio Internacional). A índole mais indeterminada dos usos da indústria petrolífera poderia assim gerar, caso os mesmos fossem tomados como critério único de decisão de litígios, um grau considerável de incerteza.

Finalmente, parece altamente improvável que os Estados aceitem submeter-se exclusivamente a tais usos e costumes nos litígios respeitantes à exploração dos seus recursos naturais.

c) O papel dos usos e costumes da indústria petrolífera é pois, a nosso ver, essencialmente complementar dos Direitos nacionais, devendo aplicar-se sempre que as partes se lhes refiram e na medida em que não sejam contrários às regras imperativas do Direito aplicável, assim como em ordem a preencher as lacunas deste.

Foi justamente esse o efeito que lhes foi reconhecido na decisão proferida sobre o caso *Aramco v. Saudi Arabia*. Segundo o tribunal arbitral, nas questões de Direito Privado as lacunas do Direito nacional aplicável (que era, como vimos, o Direito saudita) deveriam ser supridas pelos «costumes e usos mundialmente aceites na indústria e no comércio do petróleo».

A Convenção ICSID é omissa quanto a este ponto. O art. 42.º, n.º 1, pode decerto ser interpretado no sentido de que permite a escolha pelas partes de regras consuetudinárias observadas pela indústria petrolífera. Mas na falta de uma tal escolha é duvidoso que os árbitros possam referir-se exclusivamente a estas regras³⁷.

³⁷ Ver, no sentido de que «o mandato conferido a um tribunal arbitral ICSID é, pois, claro e as regras relevantes para a decisão da causa são as que se encontram nos sistemas jurídicos tradicionais, com exclusão da *lex mercatoria*», GEORGES DELAUME, «Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the *Lex Mercatoria*», *Tulane Law Review*, vol. 63 (1988-1989), pp. 575 ss. (p. 591).

Uma referência mais explícita aos usos mercantis figura na Lei-Modelo da UNCITRAL Sobre a Arbitragem Comercial Internacional³⁸, que dispõe no art. 28.º, n.º 4:

«Em qualquer caso, o tribunal arbitral decidirá de acordo com as estipulações do contrato e terá em conta os usos do comércio aplicáveis à transação.»

Uma regra semelhante consta do art. 35.º, n.º 3, do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL (na redação dada em 2010)³⁹; e a *Iran-US Claims Settlement Declaration* determina igualmente, no art. V, que o Tribunal tomará em consideração os usos relevantes do comércio. Outra não é a orientação acolhida no art. 43.º, n.º 5, da Lei angolana sobre a arbitragem voluntária⁴⁰.

VI. Cláusulas de estabilização

a) O tema do presente estudo suscita uma última questão, que importa agora considerar. Nos contratos petrolíferos a longo termo são por vezes incluídas «cláusulas de estabilização» destinadas a evitar modificações das regras aplicáveis por um ato unilateral do Estado contratante (incluindo as decisões administrativas ou judiciais que interpretem o Direito vigente) ou a preservar o *statu quo* económico existente ao tempo da conclusão do contrato⁴¹.

³⁸ Disponível em <http://www.uncitral.org>.

³⁹ Disponível em *ibidem*.

⁴⁰ Segundo o qual: «Em qualquer caso, o Tribunal Arbitral toma em conta os usos e costumes do comércio internacional aplicável ao objeto da convenção de arbitragem».

⁴¹ Ver, sobre essas cláusulas, RENÉ DAVID, «Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers», *Clunet: Journal de Droit international*, 1986, pp. 79 ss.; MARGARITA T.B. COALE, «Stabilization Clauses in International Petroleum Transactions», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 30:2, 2001/2002, pp. 217 ss.; ANDREA GIARDINA, «Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage: vers l'assouplissement de leur effet obligatoire?», *Revue de l'arbitrage*, 2003, pp. 647 ss.; ZEYAD A. ALQURASHI, *International Oil and Gas Arbitration*, 2005, pp. 179 ss.; AHMED EL-KOSHERI, «International arbitration and petroleum contracts», in *Encyclopaedia of Hydrocarbons*, vol. IV, *Hydrocarbons: Economics, Policies and Legislation*, Roma, 2005, pp. 879 ss.; e STEFAN LEIBLE, «Private

Tais cláusulas podem estipular que o Direito estadual aplicável compreende apenas as regras em vigor no momento da celebração do contrato, excluindo desse modo todas as modificações subsequentemente introduzidas nele. Por este motivo, são também por vezes denominadas «cláusulas de congelamento» (*freezing clauses*).

Nos contratos de concessão libios que deram origem às decisões arbitrais atrás referidas, essas cláusulas eram do seguinte teor:

«Durante o período da sua vigência, a concessão será interpretada de acordo com o Direito petrolífero e os regulamentos em vigor à data da celebração do acordo [...]»

Em alternativa, as cláusulas de estabilização podem impor ao contraente particular que se conforme com as leis novas emanadas do Estado contratante, mas preveem que o primeiro será compensado pelos custos adicionais que para si decorram dessa circunstância (através, v.g., de ajustamentos tarifários, da prorrogação da concessão, de reduções fiscais, de compensações monetárias, etc.). Designam-se nestes casos *cláusulas de equilíbrio económico*.

b) A validade e os efeitos destas cláusulas são controvertidos.

O art. 3.º da Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre *A Lei Aplicável ao Contrato em Acordos Entre Um Estado e Um Particular Estrangeiro*, adotada em 1979⁴², permite-as sem reservas. De acordo com essa disposição:

«As partes podem convencionar que as disposições de Direito interno referidas no contrato devem ser entendidas como as que se encontravam em vigor ao tempo da conclusão do contrato.»

⁴² Disponível em <http://www.idi-ii.org>.

International Law; Contracts for the Delivery of Gas», *German Yearbook of International Law*, 2009, pp. 327 ss. (p. 331 s.).

A responsabilidade dos Estados pela violação de uma cláusula de estabilização deve, por seu turno, ser aferida de acordo com a lei aplicável ao contrato. Di-lo a mesma Resolução no art. 6, que dispõe:

«As regras escolhidas de acordo com as disposições precedentes regem a responsabilidade contratual entre as partes, em especial a que decorre do exercício pelo Estado de poderes soberanos em violação de compromissos assumidos perante o seu parceiro contratual.»

Mas a jurisprudência arbitral a este respeito é ambivalente.

No caso *Texaco v. Libia*, o árbitro entendeu que a cláusula de estabilização inserida no contrato de concessão inibia o Estado de nacionalizar. Nas palavras do árbitro:

«O reconhecimento pelo Direito Internacional do direito de nacionalizar não constitui motivo bastante para que um Estado ignore os seus compromissos, pois o Direito Internacional também reconhece o poder do Estado de se vincular internacionalmente, mormente aceitando a inclusão de cláusulas de estabilização num contrato concluído com um particular estrangeiro.»

Contudo, no caso *Kuwait v. Aminoil* o tribunal entendeu que a finalidade de uma cláusula de estabilização inserida no contrato concluído pelas partes consistia apenas em inibir nacionalizações de índole confiscatória, i. é, sem uma indemnização adequada. As nacionalizações não seriam, pois, em si mesmas excluídas pela cláusula. O tribunal admitiu porém que as cláusulas de estabilização criam expectativas, que devem ser tidas em consideração ao determinar-se o montante da indemnização.

A Resolução do Instituto de Direito Internacional de 1991 sobre *A Autonomia das Partes nos Contratos Internacionais Entre Pessoas ou Entidades Privadas*⁴³ adota uma orientação mais restritiva a respeito da eficácia dessas cláusulas, estabelecendo no art. 8:

«Se as partes convencionarem que a lei escolhida deve ser aplicada tal como se encontrava em vigor ao tempo em que o contrato foi concluído, as disposições dessa lei serão aplicadas como regras de Direito material incorporadas no contrato; se, porém, a lei escolhida tiver sido alterada ou

⁴³ Disponível em *ibidem*.

revogada por regras imperativas que tenham em vista os contratos existentes, ser-lhes-ão reconhecidos efeitos.»

c) Seja como for, são muito raras as decisões que impõem a observância das estipulações constantes de um contrato de Estado com fundamento numa cláusula de estabilização.

As cláusulas em apreço operam essencialmente como *garantias financeiras adicionais* para os investidores que concluem contratos com Estados ou outros entes públicos e não tanto como limites ao exercício por estes dos seus poderes soberanos.

O efeito principal dessas cláusulas consiste, por conseguinte, em reforçar a probabilidade de a parte lesada obter uma indemnização no caso de um ato unilateral do Estado afetar negativamente o ambiente jurídico ou o equilíbrio económico do contrato⁴⁴.

Em qualquer caso, a validade das cláusulas de estabilização deve considerar-se subordinada à sua conformidade com o Direito Internacional: um Estado não pode excluir validamente a aplicação de regras imperativas de Direito Internacional através de tais cláusulas; o que tem evidente importância no que respeita às regras sobre direitos humanos e à proteção do ambiente.

⁴⁴ Ver EDUARDO JIMÉNEZ DE ARECHAGA, «International Law in the Past Third of a Century», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 159 (1978-I), pp. 1 ss. (p. 307).

Jorge Morais Carvalho

*Professor-Considado da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa*

Mariana França Gouveia

*Professora Associada da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa*

Arbitragens complexas: questões materiais e processuais

1. Introdução

A expressão arbitragens complexas, tradução de *complex arbitrations*, foi importada do léxico jurídico internacional, pretendendo abarcar uma série de temas que podem ocorrer nos casos em que a estrutura arbitral é diferente da tradicional.

A arbitragem, tal como o processo civil, foi construída com a matriz da acção singular: um autor e um réu, uma parte activa e uma parte passiva; um objecto, um pedido e uma causa de pedir. Sempre que existem mais objectos ou mais partes, falamos de arbitragens complexas.

Um caso típico de arbitragem complexa é o de uma relação jurídica que envolve mais do que um contrato (*multicontract arbitration*). Se surgir um litígio entre duas das partes desses vários contratos, a questão que se coloca é se é possível trazer a uma mesma arbitragem todos os participantes na estrutura contratual¹; ou se é possível numa única arbitragem tratar questões relacionadas com os diversos contratos.

¹ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, p. 101.

Os casos tratados sob esta designação reconduzem-se, no essencial, em nomenclatura processual às pluralidades objectivas e subjectivas, levantando problemas de litisconsórcio e coligação, iniciais ou sucessivos (intervenção de terceiros), assim como de cumulação de objectos processuais, pedidos e/ou causas de pedir e, por fim, apensação de processos.

Estas alterações processuais, subjectivas e/ou objectivas, trazem dificuldades e atrasos ao processo judicial, complicando-o substancialmente.

Na arbitragem, estas alterações acarretam ainda maiores dificuldades, por diversas razões. Primeiro, a fonte contratual² da jurisdição do tribunal arbitral (resultante da convenção de arbitragem) implica uma jurisdição naturalmente restrita às partes que celebraram a convenção e à matéria objecto da convenção e do processo. Um segundo óbice a soluções estáveis nesta matéria relaciona-se com a natureza provisória do tribunal arbitral, mesmo em arbitragem institucionalizada³, o que limita consideravelmente as possibilidades de decisão. Acresce ainda a necessidade de respeito pelos princípios do processo justo, como o princípio da igualdade das partes na constituição do tribunal, algo que não se coloca nos tribunais judiciais onde se aplica plenamente o princípio do juiz natural. Por último, a Lei de Arbitragem Voluntária (LAV)⁴ não contém qualquer regra sobre esta matéria e há grande instabilidade a nível internacional – a Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL, adiante designada apenas como Lei-Modelo, é omissa, assim como a maioria das leis estrangeiras.⁵ A LAV/APA⁶ regula alguns problemas destas matérias, nos artigos 11.º e 36.º, que serão à frente analisados.

As arbitragens complexas colocam, assim, problemas processuais de difícil solução. Mas antes destes, as situações típicas das arbitragens complexas trazem dificuldades não despreciables do ponto de vista mate-

² CARLA GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", in *Themis*, Ano VII, n.º 13, 2006, pp. 109-153, p. 111.

³ Na medida em que o concreto tribunal arbitral que julga o processo desvanecer-se depois de o fazer.

⁴ Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, alterada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março.

⁵ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2009, p. 2076.

⁶ Projecto de Lei de Arbitragem Voluntária apresentado pela Associação Portuguesa de Arbitragem, disponível em <http://arbitragem.pt/projectos/index.php>.

rial: a possibilidade de extensão da convenção de arbitragem a terceiros ou a diferentes relações contratuais.

Imagine-se uma situação de transmissão de posição contratual, em que o contrato de transmissão não contém cláusula compromissória, mas o contrato transmitido tem. Surgindo um litígio sobre o contrato transmitido, a jurisdição competente é a arbitral?

Imagine-se uma outra situação de contratos sucessivos entre as mesmas partes, uns contendo convenção e outros não. Surgindo um litígio entre as partes que se relaciona com diversos desses contratos, poderá admitir-se a extensão da competência da jurisdição arbitral a todos?

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

Trataremos, assim, separadamente os aspectos materiais e os aspectos processuais das arbitragens complexas. Os aspectos materiais reconduzem-se à extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários ou a relações jurídicas não incluídas expressamente na convenção. Do ponto de vista processual há que começar por analisar a admissibilidade das pluralidades em arbitragem e passar depois para a constituição do tribunal arbitral, a intervenção de terceiros, a extensão do caso julgado a terceiro, o litisconsórcio necessário e a apensação.

Um problema de arbitragem complexa pode existir só materialmente e não existir processualmente, por exemplo, se se discute apenas se o demandado deve ser o devedor originário ou o que assumiu a dívida. Assim como pode não se colocar nenhuma questão material, porque a convenção de arbitragem se aplica a todos, mas haver uma questão processual porque, por exemplo, o processo arbitral apenas foi iniciado contra uma das possíveis demandadas e esta pretende que a outra esteja presente na acção. Nesta situação apenas se coloca uma questão de intervenção de terceiros.

É importante, parece-nos, distinguir estas duas perspectivas porque o seu tratamento conjunto dificulta a percepção dos problemas e a sua correcta resolução. Esta separação dos problemas permite, ainda, traçar

alguns critérios gerais de solução, algo impossível através do mero tratamento casuístico das questões.

O objecto deste estudo é apenas o direito português, que se aplica, naturalmente, à arbitragem doméstica e, ainda, à arbitragem internacional cuja sede seja em território português. Por esta razão, optou-se por um método de análise que parte de estudo dos diversos institutos do direito civil e processual civil português. Procura-se, pois, encontrar o equivalente dogmático no nosso ordenamento jurídico das categorias que têm vindo a ser construídas internacionalmente.

Esta opção justifica-se, no nosso entender, por ser essa a mais correcta ou mesmo a única forma de encontrar o regime jurídico aplicável,

2. Aspectos materiais

2.1. Transmissão ou modificação da convenção de arbitragem

2.1.1. Por morte ou extinção

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

A LAV responde a esta questão, estabelecendo que, "salvo convenção em contrário, a morte ou extinção das partes não faz caducar a convenção de arbitragem nem extinguir a instância no tribunal arbitral" (artigo 4.º, n.º 2). A LAV/APA não altera esta regra (artigo 4.º, n.º 4).

A regra é, portanto, a de que a posição da parte numa convenção de arbitragem, necessariamente ligada a uma relação jurídica mais alargada⁷, se transmite para o seu sucessor, isto independentemente de o processo arbitral ter ou não iniciado. É possível inferir desta regra geral uma tendência no sentido do carácter impessoal da convenção de arbitragem⁸.

O regime pode, contudo, ser afastado pelas partes, expressa ou tacitamente, devendo entender-se que o afastamento é tácito quando resulte

⁷ RAÚL VENTURA, "Convenção de Arbitragem", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Vol. II, 1986, pp. 289-413, p. 395.

⁸ RAÚL VENTURA, "Convenção de Arbitragem", 1986, p. 395.

do processo interpretativo que se trata de convenção de arbitragem *intuitu personae*⁹.

2.1.2. Entre vivos

2.1.2.1. Cessão da posição contratual

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

A lei limita a possibilidade de cessão da posição contratual aos contratos com *prestações recíprocas* (artigo 424.º, n.º 1), mas o conceito de prestação deve ser entendido neste âmbito em sentido amplo, abrangendo qualquer *situação jurídica* resultante de um contrato, o que permite a aplicação da figura a uma convenção de arbitragem¹⁰.

A cessão da posição contratual só produz efeitos se todos as partes envolvidas concordarem com o negócio. Cedente e cessionário são as partes do negócio pelo qual opera a transmissão da posição contratual e o outro contraente tem de consentir nessa transmissão. Encontram-se assim acautelados os interesses de todos, podendo qualquer um deles evitar a produção de um efeito jurídico indesejado, nomeadamente no que respeita à convenção de arbitragem, através de não celebração ou oposição ao negócio em causa¹¹.

Se o cessionário não quiser ficar vinculado pela convenção de arbitragem, tem duas possibilidades: (i) não se vincular ao negócio de cessão, caso em que não existe cessão da posição contratual; ou (ii) negociar com

⁹ CARLA GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", 2006, p. 137, defende que, havendo indícios dessa intenção das partes, "deve entender-se que existe uma estipulação lícita no sentido da caducidade da convenção".

¹⁰ Neste sentido, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem: Centro e Efeitos", in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Alameda, Coimbra, 2008, pp. 81-95, p. 94.

¹¹ Neste sentido, entendendo que não é necessária uma referência específica à convenção de arbitragem para que esta integre o acordo de cessão, v. FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, org. de Emmanuel Gaillard e John Swage, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 428.

o outro contraente a alteração dos termos do contrato cedido, excluindo a cláusula compromissória, situação já estranha à cessão propriamente dita.

O outro contraente tem um papel decisivo, podendo não consentir na transmissão da posição contratual, evitando assim a entrada do terceiro para a cláusula compromissória. Se quiser aceitar a transmissão, com excepção da convenção de arbitragem, terá de negociar essa alteração com o cessionário, não sendo possível o consentimento parcial da transmissão¹².

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

2.1.2.2. Cessão de crédito

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

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

Em geral, a cláusula arbitral pode ser entendida como um dos elementos que integra o crédito cedido, constituindo um elemento relevante para definir a qualidade do direito em causa¹³. Admite-se, assim, a aplicação do n.º 1 do artigo 582.º do Código Civil, que determina a transmissão para o cessionário "das garantias e outros acessórios do direito transmitido que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente". A aplicação pode ser directa, por se entender que se trata de um direito acessório ao direito de crédito transmitido¹⁴, ou por analogia, caso se entenda que

¹² MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 178.

¹³ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 185, defende que a convenção de arbitragem "é instrumental do crédito relativamente à resolução de litígios".

¹⁴ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. 1, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 598, entendem que, "como direitos acessórios, transmitem-se [...] os direitos potestativos ligados ao crédito". A convenção de arbitragem

a cláusula compromissória não pode ser qualificada como *acessória* do direito transmitido¹⁵.

Há, porém, um aspecto que pode pôr em causa este raciocínio: a natureza contratual da convenção de arbitragem, isto é, a sua estrutura bilateral. Uma convenção de arbitragem é, ela própria, um contrato, com efeitos activos e passivos para as duas partes. Não pode, pois, fazer-se uma equiparação directa a um mero acessório de um direito, como se se tratasse tão só de uma posição activa.

Feita esta ressalva, parece-nos que é de aceitar a analogia, na medida em que a convenção se liga indiscutivelmente ao crédito cedido, só justificando a sua existência pela existência do crédito. Repare-se que o crédito pode ser juridicamente ineficaz (*stricto sensu* ou inválido), o que não implica a invalidade da convenção arbitral – é o conhecido princípio da autonomia da convenção de arbitragem previsto no artigo 21.º, n.º 2, da LAV. Mas esta separação nada tem a ver com o problema material que nos ocupa, o de saber se a convenção acompanha a cessão de uma parte do contrato. A resposta é claramente positiva, ainda que por analogia com os acessórios do crédito, conforme previsto no artigo 582.º do Código Civil.

A extensão da convenção ao cessionário não se verifica, contudo, se existir convenção em contrário entre as partes – cedente (ou credor originário) e devedor – ou se da interpretação da cláusula compromissória resultar que esta não é separável da pessoa do cedente, ou seja, se a convenção, naquela relação jurídica concreta, for *intuitu personae*¹⁶.

encontra-se ligada ao crédito, gerando em cada uma das partes o direito potestativo de provocar a constituição do tribunal arbitral. Neste sentido, expressamente, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 325, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. II, Tomo IV, Almedina, Coimbra, 2010, p. 219, citando o autor anterior, CARLA GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", 2006, p. 140, defende que "não se pode eliminar o direito que para o devedor cedido resulta da convenção de arbitragem".

¹⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos", 2008, p. 94.

¹⁶ FOUCARD, GAILLARD e GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 431, referem-se à possibilidade de a identidade do outro contraente ser determinante para a celebração da convenção de arbitragem, acrescentando (p. 434) que tal pode resultar expressamente do contrato ou de factos que o revelem, sendo necessário provar, por exemplo, que o outro contraente tinha a "boa fé e lealdade processual" necessárias

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

2.1.2.3. Sub-rogação

A sub-rogação implica a participação de um terceiro no momento do cumprimento da obrigação. Essa participação pode ser directa, cumprindo o terceiro no lugar do devedor (artigos 589.º e 590.º do Código Civil), ou indirecta, caso em que o terceiro proporciona ao devedor os meios para o cumprimento da obrigação (artigo 591.º).

Em qualquer caso, a sub-rogação depende de declaração expressa do sub-rogante, que pode ser o credor (artigo 589.º) ou o devedor (artigos 590.º e 591.º), não sendo necessário para a produção de efeitos o consentimento do devedor ou do credor, respectivamente¹⁷.

Para além dos casos de sub-rogação voluntária, o terceiro também fica sub-rogado nos direitos do credor se tiver garantido o cumprimento da obrigação, como sucede, por exemplo, na fiança¹⁸, ou se "estiver directamente interessado na satisfação do crédito" (artigo 592.º).

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

para a resolução de eventuais litígios através de arbitragem. Segundo MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 178, o carácter *in situ personae* da convenção de arbitragem constitui uma "situação excepcional". Já CARLA GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", 2006, p. 137, defende que "a celebração de convenções de arbitragem *in situ personae* pode não ser a regra, mas não é certamente rara".

¹⁷ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 754.

¹⁸ O artigo 644.º do Código Civil indica-o expressamente: "O fiador que cumprir a obrigação fica sub-rogado nos direitos do credor, na medida em que estes foram por ele satisfeitos".

deve ser resolvida com grande paralelismo¹⁹ em relação à posição do cessionário²⁰.

A cláusula arbitral, sem esquecer a sua natureza contratual, deve ser considerada para este efeito um dos elementos do crédito, pelo que o terceiro fica sub-rogado nos direitos dela resultantes²¹, excepto se existir convenção prévia em contrário entre credor e devedor ou a cláusula tiver, na relação jurídica concreta, carácter pessoal²².

2.1.2.4. Transmissão singular de dívidas

O efeito da transmissão singular de dívida, também designada assunção de dívida, consiste na relação creditícia passar a ter um novo devedor. A transmissão pode exonerar o anterior devedor, se tal estiver expressamente previsto no negócio transmissivo (assunção liberatória de dívida), ou gerar uma obrigação solidária entre o antigo devedor e o novo devedor (assunção cumulativa de dívida).

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

Em qualquer das suas formas, a assunção de dívida depende de consentimento quer do credor²³ quer do novo devedor. Na primeira forma, o novo devedor é parte do contrato de transmissão e o credor é livre de ratificar o contrato. Na segunda forma, o novo devedor e o credor

¹⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. II, Tomo IV, 2010, p. 230.

²⁰ RAÚL VENTURA, "Convenção de Arbitragem", 1986, p. 398; CARLA GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", 2006, p. 141; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 179.

²¹ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitration*, 2005, p. 20.

²² LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 42, salienta que não se transmite o que for inseparável "da pessoa do credor".

²³ Como refere LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2003, p. 55, "para a transmissão de dívidas é sempre necessário o consentimento do credor". Neste sentido, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. II, Tomo IV, 2010, p. 238.

são as partes do contrato de transmissão, sendo portanto livres quanto à sua celebração.

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

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

Encontra-se, portanto, salvaguardado o consentimento quer do novo devedor quer do credor quanto à convenção de arbitragem, não sendo afectada a sua natureza contratual, pelo que se justifica a sua extensão ao novo devedor²⁴.

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

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

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

²⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos", 2008, p. 94. Em sentido contrário, RAÚL VENTURA, "Convenção de Arbitragem", 1986, p. 398; CARLA GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", 2006, p. 140, considera que, "dado que a transmissão singular de dívida depende de ratificação ou consentimento do credor [...], a necessidade de preservar os seus interesses deixa de ter a mesma intensidade".

da convenção de arbitragem a terceiros, uma vez que apenas intervêm as partes originárias.

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

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

2.1.2.5. Novação

A novação pode ser objectiva ou subjectiva.

Na novação objectiva não intervém qualquer terceiro, mantendo-se na nova obrigação a configuração subjectiva da obrigação anterior. O devedor contrai, assim, uma nova obrigação perante o credor, em substituição da anterior (artigo 857.º), com fonte jurídica diversa²⁵. A obrigação tem de ser nova, não bastando que se trate de modificação da obrigação anterior²⁶.

Para saber se as partes se mantêm vinculadas à arbitragem, é necessário interpretar o acordo relativo à novação, concluindo se à nova obrigação se aplica a convenção de arbitragem, por esta se manter em vigor no âmbito da relação contratual ou por as partes o estipularem, ou se esta desaparece com o desaparecimento da anterior obrigação. No primeiro caso, a novação não afecta a convenção de arbitragem, ao contrário do que sucede no segundo caso, em que as partes deixam de estar vinculadas pela convenção. A questão resolve-se, portanto, tendo em atenção as declarações das partes, as quais devem ser interpretadas nos termos gerais.

Na novação subjectiva, verifica-se uma substituição do credor ou do devedor por um terceiro, constituindo-se em qualquer dos casos uma

²⁵ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2003, p. 201.

²⁶ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 144.

nova obrigação (artigo 858.º do Código Civil). A extinção da obrigação anterior constitui um elemento essencial desta figura²⁷.

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

Com a extinção da anterior obrigação, extinguem-se igualmente todos os elementos ligados a esse crédito²⁸, incluindo eventual convenção de arbitragem a este associada²⁹.

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

2.2. Contratos a favor de terceiro e a favor de pessoa a nomear

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

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

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

²⁷ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 2007, p. 231.

²⁸ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2003, p. 306, refere que a lei determina que, "salvo convenção em contrário, o novo crédito não recebe as garantias relativas à obrigação antiga [...], nem lhe podem ser opostos os meios de defesa desta".

²⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos", 2008, p. 94.

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

O problema coloca-se na medida em que os contratos só produzem efeitos entre as partes (artigo 406.º, n.º 2, do Código Civil), pelo que o terceiro beneficiário não pode ficar vinculado por uma convenção de arbitragem na qual não participou.

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

Em sentido contrário, defende-se por vezes que o contrato a favor de terceiro apenas confere ao terceiro o direito de exigir o cumprimento da promessa, não abrangendo qualquer outro direito nem impondo qualquer situação de sujeição, como a resultante da vinculação a uma convenção de arbitragem³⁰. Esta conclusão não pode ser aceite, no que respeita à convenção de arbitragem, pois limitar-se-ia assim, sem qualquer razão atendível, à liberdade contratual das partes, soberanas quanto aos contornos da promessa. Se estas querem, no momento em que projectam o contrato, que qualquer litígio seja resolvido pela via arbitral, trata-se aqui de um elemento indissociável do direito do beneficiário, não fazendo sentido que este possa depois recorrer aos tribunais judiciais, em sentido contrário da vontade manifestada por promitente e promissário³¹.

³⁰ CARLA GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", 2006, pp. 142 e 143.

³¹ Neste sentido, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos", 2008, p. 94, defende que "a cláusula compromissória que, sem distinção das pessoas a quem se aplica, esteja inserida em contrato a favor de terceiro vale também para o terceiro, tenha este aderido ou não ao contrato, uma vez que, em ambas as hipóteses, ele assume uma posição jurídica delimitada com os precisos contornos da estipulação contratual".

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

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

Não restringindo as partes a eficácia da convenção de arbitragem nos termos referidos, a convenção de arbitragem vincula o terceiro nomeado, uma vez que este adquire os direitos e assume as obrigações provenientes do contrato, nos termos do artigo 455.º, n.º 1³².

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

2.3. Garantia das obrigações

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

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

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

³² Neste sentido, CARLA GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", 2006, p. 143, defende que, "depois da nomeação, [...] o contraente passa a ser a pessoa nomeada, adquirindo os direitos e assumindo as obrigações provenientes do contrato, o que abrange naturalmente também a convenção de arbitragem eventualmente incluída no contrato".

2.3.1. Nulidade de actos do devedor

Qualquer credor pode invocar a nulidade de actos praticados pelo devedor, bastando para tal um interesse nessa declaração de nulidade (artigo 605.º do Código Civil). Note-se que esta norma não acrescenta muito em relação ao regime geral do artigo 286.º do Código Civil³³, que também estabelece que qualquer interessado pode invocar a nulidade de um negócio jurídico.

Se o contrato em causa contiver uma convenção de arbitragem, admitamos que válida³⁴, coloca-se a questão de saber se o credor (ou qualquer outro interessado) tem de respeitar essa convenção de arbitragem e, em reflexo, se pode ser invocada a excepção de preterição de tribunal arbitral caso a acção seja proposta num tribunal judicial.

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

2.3.2. Impugnação pauliana

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

Com efeito, o credor não exerce neste caso um direito do devedor, resultante de uma qualquer vicissitude no contrato por este anteriormente celebrado. O acto que envolve a diminuição da garantia patrimonial, requisito do instituto a par da anterioridade do crédito³⁵, pode ser válido

³³ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 2007, p. 434.

³⁴ O artigo 21.º, n.º 2, da LAV determina a autonomia da convenção, estabelecendo que "a nulidade do contrato em que se insira uma convenção de arbitragem não acarreta a nulidade desta, salvo quando se mostre que ele não teria sido concluído sem a referida convenção". De qualquer forma, a decisão sobre a competência cabe ao próprio tribunal arbitral, nos termos do n.º 1 do artigo referido, devendo ser este a apreciar a validade da convenção de arbitragem ou do contrato.

³⁵ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 2007, pp. 447 e 449.

e ainda assim o credor, por direito próprio, impugná-lo ao abrigo das normas indicadas. A acção pauliana só pode, assim, ser objecto de decisão por arbitragem no caso de existir compromisso neste sentido entre o credor e o terceiro adquirente, partes necessárias na acção³⁶.

2.3.3. Sub-rogação do credor ao devedor

O problema também se coloca no que respeita aos efeitos da sub-rogação do credor ao devedor (artigos 606.º a 609.º do Código Civil), meio de conservação da garantia patrimonial, que não se confunde com a figura da sub-rogação pelo credor ou pelo devedor, já tratada, que consubstancia uma alteração da configuração subjectiva da relação.

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

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

A questão pode ser vista de dois prismas. Por um lado, o credor não está vinculado pela convenção de arbitragem, nem tem ou pretende ter qualquer ligação directa ao contrato celebrado, embora o seu interesse corresponda ao interesse inicialmente traçado pelo sub-rogado. Por outro lado, o credor exerce um direito que não é propriamente seu, sendo essencialmente do devedor³⁷, configurado por este e pela outra parte do contrato³⁸.

Esta última posição parece-nos melhor. Havendo uma substituição em termos jurídicos deve entender-se que o credor se encontra vinculado a exercer o direito ou a contestar a existência da dívida nos exactos termos

³⁶ Não existe litisconsórcio necessário passivo entre devedor e terceiro adquirente na impugnação pauliana, pelo que o terceiro adquirente é o réu (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Dezembro de 1991, Processo n.º 081496).

³⁷ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 2007, p. 434. Segundo MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 2000, p. 781, "o credor age na qualidade de representante ou substituto legal do devedor". Neste sentido, v. também LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2003, p. 287.

³⁸ Por esta razão, CARLA GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", 2006, p. 141, considera que "o credor terá que seguir a via arbitral, tal como aconteceria se o procedimento fosse iniciado pelo devedor".

que o devedor o poderia fazer. O que significa que, se existir convenção de arbitragem, esta mantém os seus efeitos.

2.3.4. Fiança e outras garantias

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

Esta situação não se confunde com aquela, já analisada, em que o fiador cumpre a obrigação, ficando sub-rogado nos direitos do credor. Neste caso, por efeito da sub-rogação, o fiador fica perante o devedor numa posição jurídica semelhante à do credor originário, adquirindo os seus direitos e deveres, pelo que pode, em regra, invocar a convenção de arbitragem, assim como esta pode ser contra si exercida. Exceptua-se o caso de existir convenção prévia em contrário entre credor e devedor ou de a cláusula arbitral ter, na relação jurídica concreta, carácter pessoal.

No que respeita à convenção de arbitragem constante apenas do contrato entre credor e devedor, não há, em princípio, extensão ao fiador, terceiro em relação a essa convenção³⁹. Com efeito, a fiança tem de resultar sempre de um negócio, o qual pode ser entre o credor e o fiador ou entre o devedor e o fiador⁴⁰. É no âmbito da relação com o fiador que a convenção de arbitragem deve ser negociada. O fiador só fica vinculado por uma cláusula arbitral se existir consentimento, ou seja, se esta constar do conteúdo do contrato de fiança por si celebrado, podendo a referência ser directa ou resultar de remissão para um documento em que uma convenção esteja contida, nos termos gerais do n.º 2 do artigo 2.º da LAV, por exemplo, o contrato garantido.

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

³⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos", 2008, p. 94, defende que não faz sentido estender a convenção de arbitragem "ao fiador ou a outro garante de qualquer dos signatários".

⁴⁰ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 2007, p. 486.

Esta conclusão vale igualmente para um co-devedor ou garante de uma das partes da convenção de arbitragem⁴¹. Haverá extensão da convenção caso se apliquem as regras da celebração por remissão.

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

A jurisprudência internacional tem chegado a conclusões diversas: a *Cour de Cassation* francesa deu resposta negativa por aplicação da eficácia relativa dos contratos; o *Court of Appeals for the Fourth Circuit* norte-americano, assim como um tribunal de recurso sueco, impuseram ao Banco a arbitragem, baseando-se antes na identidade dos direitos e deveres do garante e do garantido.⁴²

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

2.3.5. Grupos de sociedades e levantamento da personalidade colectiva

O problema da extensão da convenção de arbitragem a terceiros ou, com mais rigor, a pessoas que não constam, formalmente, como contraentes, também se coloca nos casos em que várias sociedades, ou uma sociedade e uma pessoa singular, actuam em conjunto como parte, num ou em vários contratos, mas nem todas são referidas na convenção de arbitragem (ou até nos próprios contratos)⁴³.

⁴¹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos", 2008, p. 94.

⁴² BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, pp. 129 e 130.

⁴³ A questão só se coloca se as entidades em causa tiverem personalidade jurídica separada, uma vez que, se se tratar da mesma sociedade, esta fica globalmente vinculada pela convenção de arbitragem, nos termos gerais (FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 282).

Na doutrina e na jurisprudência norte-americanas fala-se a este propósito da *veil-piercing theory* ou da *alter ego theory*⁴⁴. A primeira consubstancia situações que se encontram no limite da fraude⁴⁵, uma vez que o objectivo passa por apenas incluir no contrato – e na convenção de arbitragem – uma sociedade com menor capacidade financeira ou responsabilidade mais limitada, assim restringido a capacidade da outra parte de obter a satisfação da sua pretensão. Na segunda, o aspecto essencial da análise consiste na determinação da possibilidade de extensão a todas as pessoas envolvidas no negócio da convenção de arbitragem na qual só uma aparece – formalmente – como contraente.

A inclusão fictícia de uma sociedade no contrato com o objectivo de não envolver no negócio, em caso de litígio, a sociedade ou as sociedades que verdadeiramente actuam como parte poderá ser contrária ao princípio da boa fé, justificando o recurso à figura do levantamento da personalidade colectiva⁴⁶.

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

⁴⁴ ALEXANDRA ANNE HUI, "Equitable Estoppel and the Compulsion of Arbitration", in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 60, n.º 2, 2007, pp. 711-744, p. 723.

⁴⁵ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 44.

⁴⁶ V., por todos, CARLA GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", 2006, p. 147. A autora defende (p. 148) que, "se quem assina o contrato, que inclui a cláusula compromissória, é um mero «testa-de-ferro» do verdadeiro beneficiário do negócio, que posteriormente vai participar activamente na execução do negócio e, eventualmente, controlá-lo desde o início, deve considerar-se, no caso de emergir um litígio com a contraparte neste contrato, que esta deve poder demandar o verdadeiro beneficiário, que deve ser considerado uma parte no negócio". Segundo MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 204, "a desconsideração da personalidade jurídica só tem, praticamente, sido julgada relevante nos casos de negócios fraudulentos, abuso de direitos ou de violação de normas próprias do mandato".

Dallah para dar cumprimento ao memorando de entendimento, contrato contendo uma cláusula compromissória.

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

O *Supreme Court of the United Kingdom*, em decisão de 3 de Novembro de 2010⁴⁷, concluiu, em primeiro lugar, que a convenção de arbitragem não vinculava o Governo paquistanês, uma vez que este não era parte da convenção nem se tornou parte, posteriormente, com a dissolução do *trust*. A análise passou, em segundo lugar, por aplicar o *test of common intention*, para saber se a vontade das três partes relevantes para o efeito (Dallah, *trust* e Paquistão) apontava no sentido de um acordo de que o não-signatário era de facto parte da convenção. O tribunal concluiu que não resultava claro da conduta das partes essa intenção comum, pelo que não reconheceu a decisão arbitral, tendo o sentido de voto de todos os juizes sido coincidente.

Já a *Cour d'Appel de Paris*, a 17 de Fevereiro de 2011⁴⁸, considerou que o Governo paquistanês, através do Ministério dos Assuntos Religiosos, "se comportou como se o contrato fosse seu; que esta intervenção [...], tal como o seu comportamento aquando das negociações pré-contratuais confirmam que a criação do *trust* era puramente formal e que o Governo paquistanês [...] se comportou como verdadeira parte paquistanesa na operação económica". Segundo o tribunal francês, o Governo paquistanês encontrava-se assim vinculado pela convenção de arbitragem, tendo em conta o seu comportamento antes da celebração do contrato e após a celebração do mesmo.

A *veil-piercing theory* e a *alter ego theory* podem levantar, no entanto, uma questão mais complexa, que diz respeito ao carácter formal

⁴⁷ Disponível em http://www.arbitration-icc.org/media/0/12996309461120/dallah_real_estate_v_ministry_of_religious_affairs.pdf.

⁴⁸ Disponível em <http://arbitration.practicallaw.com/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1247524188986&ssbinary=true>.

da convenção de arbitragem. Exigindo a LAV que esta seja reduzida a escrito ou, pelo menos, conste de troca de documentos que contenham ou remetam para uma convenção de arbitragem, importa perceber em que termos é possível estender a sua aplicabilidade a uma parte em relação a qual este requisito não se encontra cumprido.

Em primeiro lugar, como se refere de seguida a propósito da aplicação do princípio da boa fé, é possível recorrer ao abuso de direito, nomeadamente à figura das inalegabilidades formais, sempre que se conclua que o comportamento da parte é orientado no sentido de aceitar a validade do contrato em que se insere a cláusula compromissória, encontrando-se portanto vinculado a ele como se o tivesse subscrito⁴⁹. Se a parte que invoca o vício de forma contribuiu deliberadamente para esse vício, contra o princípio da lealdade nas relações entre as pessoas, a resposta deve ser idêntica.

Em segundo lugar, o contrato deve ser interpretado como um todo, pelo que, se a análise dos elementos relevantes das negociações, nomeadamente troca de cartas ou mensagens de correio electrónico, revelar que várias sociedades ficaram vinculadas ao negócio pelas suas declarações contratuais, expressando assim o seu consentimento, ainda que tacitamente⁵⁰, essa vinculação estende-se naturalmente à convenção de arbitragem. Aplicam-se neste contexto os princípios gerais, sendo a tarefa interpretativa fundamental para determinar quem é que, em concreto, é parte de um contrato.

Fora destes casos, é difícil sustentar a vinculação de um terceiro, mesmo que se trate de uma sociedade em relação de grupo, uma vez

⁴⁹ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 47, defende que uma sociedade pode ficar vinculada se o "seu comportamento demonstrar um virtual abandono da situação de separação" em relação à outra empresa do grupo.

⁵⁰ FOUCARD, GAILLARD e GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 284, alertam para a relevância do consentimento, salientando que a extensão da convenção de arbitragem a uma sociedade do grupo pode ser revelada tacitamente por um "envolvimento na negociação ou no cumprimento do contrato". Como refere MANUEL FERREIRA BARBÓCAS, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 200, "quanto maior e mais íntimo tiver sido o envolvimento das sociedades de grupo não signatárias no contrato maiores são, consequentemente, as possibilidades de se justificar a extensão a elas da convenção de arbitragem".

que essa proximidade não é requisito suficiente para a extensão da convenção de arbitragem⁵¹.

2.3.6. Abuso de direito e limite geral da boa fé

A propósito do problema das arbitragens complexas, é comum a referência à figura do *equitable estoppel*, utilizada no domínio da arbitragem nos sistemas jurídicos de *common law*, em especial no direito norte-americano⁵². Trata-se de um princípio jurídico, segundo o qual uma pessoa não pode ter um comportamento contraditório em prejuízo de outrem.

Na forma como tem sido desenvolvida pela jurisprudência norte-americana, esta doutrina tem duas vertentes, podendo ser invocada (i) pelo signatário, forçando um não-signatário à arbitragem, ou (ii) por um não signatário, no sentido de forçar um signatário a aceitar a arbitragem⁵³.

Na primeira, a tradicional, procura impedir-se que a parte que não assina a convenção de arbitragem, mas tem um comportamento no sentido de beneficiar directa ou indirectamente da relação em causa, possa invocar posteriormente a sua condição de não-signatário. A segunda vertente do *equitable estoppel* permite a um não-signatário que tenha uma relação de proximidade com a situação a imposição da arbitragem, mesmo inexistindo qualquer relação contratual entre ambos⁵⁴. Basta, segundo esta doutrina, que exista uma actuação concertada entre o terceiro não-signatário e uma das partes signatárias do contrato⁵⁵.

⁵¹ Neste sentido, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 197, refere que "o grupo de sociedades não constitui, só por si [...], um elemento decisivo".

⁵² BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, pp. 20 e 21; CARLA GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", 2006, p. 143.

⁵³ ROBERT M. HALL, "Equitable Estoppel: Binding Nonsignatories to Arbitration Clauses", in <http://www.robertmhall.com/articles/EquitableEstopArt.pdf> (consultado em Julho de 2011), p. 1.

⁵⁴ ALEXANDRA ANNE HUI, "Equitable Estoppel and the Compulsion of Arbitration", 2007, p. 714. A autora critica, no entanto, o alcance desta segunda vertente do princípio.

⁵⁵ FRANK Z. LAFORGE, "Inequitable Estoppel: Arbitrating with Nonsignatory Defendants Under *Grigson v. Creative Artists*", in *Texas Law Review*, Vol. 84, 2005, pp. 225-255, p. 226. Pense-se no exemplo, dado por este autor, em que A celebra um contrato com B, com convenção de arbitragem, vindo depois C convencer A a contratar consigo,

Nos direitos da família romano-germânica, no caso de a vinculação não resultar de alguma das figuras anteriormente estudadas, nomeadamente no que respeita à posição do beneficiário no contrato a favor de terceiro, parte destas questões pode ser resolvida com recurso à figura do abuso de direito, em especial, na medida em que impõe um comportamento das partes segundo a boa fé⁵⁶.

Conforme o caso, pode verificar-se o enquadramento numa das figuras típicas do abuso de direito, podendo estar em causa uma situação de inalegabilidade formal, por o não-signatário se ter comportado como se a convenção de arbitragem tivesse sido validamente celebrada⁵⁷, de *in quoque*, se a nulidade tiver sido causada pelo não-signatário que a invoca, ou de *venire contra factum proprium*, tendo em conta actuação contraditória da parte que invoca ou afasta a convenção de arbitragem⁵⁸.

incumprindo o contrato com B. B pretende ser indemnizado por C. Segundo esta segunda vertente do princípio do *equitable estoppel*, C pode invocar a convenção de arbitragem. O autor considera (p. 228) que se trata de "um dramático e desnecessário afastamento das regras relativas ao contrato e à responsabilidade civil, que pode levar a resultados injustos".

⁵⁶ Em geral, BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 28, refere que a figura do estoppel "não faz parte da tradição legal da Europa continental", embora raciocínio próximo resulte da teoria da boa fé. FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 257, aludem a um princípio de interpretação da convenção segundo a boa fé. No sentido do texto, com referência ao regime português, v. CARLA GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", 2006, p. 143.

⁵⁷ Aliás, o artigo 21.º, n.º 3, da LAV deve ser interpretado no sentido de que a participação no processo arbitral, sem invocação da invalidade da convenção de arbitragem na defesa, preclui a sua invocação posterior. RAÚL VENTURA, "Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Vol. I, 1986, pp. 5-48, p. 41, defende que esta doutrina não tem "possibilidade de aplicação à falta de forma da convenção de arbitragem". Não nos parece que esta restrição seja adequada, até porque o requisito de forma serve, neste caso, essencialmente para protecção exclusiva das partes. Se estas actuam como se existisse convenção de arbitragem, o seu interesse encontra-se salvaguardado se o litígio for submetido a arbitragem. No momento em que o litígio já existe é ainda mais seguro a desnecessidade de protecção. Não só porque as partes podem sempre celebrar compromisso arbitral, como também porque a sua recusa em suscitar a questão da falta de jurisdição do tribunal arbitral é suficiente para a sua sanção.

⁵⁸ CARLA GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", 2006, pp. 144 e 145. Sobre estes e outros exercícios inadmissíveis de um direito, em geral, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 719 e seguintes.

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

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

2.4. Contratos múltiplos: extensão por remissão

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

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

A doutrina tem tentado diversas abordagens, como a distinção entre tipos de relações contratuais, por exemplo, contratos complementares, contratos sucessivos, contrato principal e subcontrato, contrato principal

e contrato acessório; ou contratos ligados por um fim comum; e contratos que se substituem ou se alteram em períodos de tempo sucessivos.⁵⁹

A melhor solução para situações deste género é preventiva: a redacção de uma cláusula arbitral suficientemente ampla para permitir às partes não só entrarem em processos arbitrais contra cada um dos diversos contraentes, mas também permitirem resolver de uma vez só todos os litígios que possam resultar dos diversos contratos. Bernard Hanotiau reproduz, aliás, algumas destas convenções "complexas" em anexo à sua obra sobre arbitragens complexas.⁶⁰ A mera leitura do texto das cláusulas compromissórias permite uma exacta compreensão dos problemas que este tipo de arbitragem levanta.

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

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

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

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

⁵⁹ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 102.

⁶⁰ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, pp. 313 e seguintes.

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

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

Um primeiro engloba as situações em que as partes são diferentes, mas os contratos contêm a mesma cláusula arbitral ou cláusulas arbitrais compatíveis. Há jurisprudência divergente quanto à possibilidade de demandar todos num mesmo processo arbitral, umas decisões aceitando essa cumulação e outras não.⁶¹

Um segundo grupo engloba os casos de partes diferentes em que os contratos não contêm cláusulas idênticas ou compatíveis ou algum deles não contém cláusula arbitral. Nestes casos, em geral, não é aceite a extensão da convenção arbitral às relações contratuais conexas.⁶²

Uma terceira situação verifica-se quando as partes são as mesmas, os contratos entre elas são vários, um com cláusula compromissória, outro com cláusula de jurisdição estadual, outro ainda com cláusula compromissória incompatível com a primeira. A jurisprudência é, aqui, muita e tem-se orientado no sentido de admitir a extensão da convenção a todos os contratos quando entre eles existe uma forte conexão. É o que se passa quando um contrato tem origem noutra ou é complemento ou execução de um outro.⁶³ Mas a conclusão depende da exacta redacção dos diversos contratos, pois se, por exemplo, um dos contratos contiver uma cláusula arbitral e outro uma de jurisdição estadual, a cumulação num único processo arbitral é já muito duvidosa.⁶⁴

Hanotiau acaba por concluir que a análise casuística é avessa a generalizações, sendo o foco de resolução a interpretação da vontade das partes e não a eficiência processual. Elemento importante da aferição da vontade das partes será a unidade dos vários textos contratuais, assim como o tratar-se de uma única transacção económica.⁶⁵

⁶¹ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 109.

⁶² BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 114.

⁶³ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 133.

⁶⁴ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 153.

⁶⁵ Hanotiau refere, ainda, que tem sido clara a tendência em admitir a possibilidade de analisar contratos não submetidos à jurisdição arbitral desde que incidentalmente, os

É notório, por esta análise, que o problema dos contratos múltiplos redonda na interpretação da vontade das partes. Interpretação que pode assentar em alguns indícios – unidade contratual, unidade da transacção económica – que fazem presumir a extensão da convenção, mas nunca permitem chegar a um critério generalizado. Dependerá sempre do caso concreto, da exacta determinação da vontade das partes no contexto contratual específico.

O problema resolve-se mais facilmente na generalidade dos direitos da família romano-germânica, porque aí está expressamente consagrada a teoria da incorporação por remissão.⁶⁶

A teoria da incorporação por remissão, designada em inglês por *incorporation by reference*, foi desenvolvida em especial no âmbito da arbitragem internacional, e determina que uma pessoa pode ficar vinculada à arbitragem se existir uma remissão para uma convenção de arbitragem constante de outro contrato, com configuração subjectiva ou material parcialmente diversa.⁶⁷

A nossa lei recebeu a teoria no artigo 2.º, n.º 2, da LAV⁶⁸, que considera “reduzida a escrito a convenção de arbitragem constante ou de documento assinado pelas partes ou de trocas de cartas, telex, telegramas ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, quer esses documentos contenham directamente a convenção, quer deles conste cláusula de remissão para algum documento em que uma convenção esteja contida”. Portanto, é suficiente, face à lei portuguesa, um documento que remeta para uma convenção de arbitragem.

Não se exige sequer que a remissão seja feita directamente para a convenção de arbitragem, pelo que pode ser suficiente a remissão genérica para um contrato⁶⁹, desde que seja respeitada a forma escrita.

seja, enquanto elemento de decisão do problema contratual para o qual a competência do tribunal arbitral se encontra estabelecida.

⁶⁶ Neste sentido, BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 29, refere que esta teoria “parece ser geralmente admitida pela lei ou jurisprudência dos países da Europa ocidental”.

⁶⁷ ALEXANDRA ANNE HUI, “Equitable Estoppel and the Compulsion of Arbitration”, 2007, p. 721; BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 29.

⁶⁸ CARLA GONÇALVES BORGES, “Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem”, 2006, p. 146.

⁶⁹ Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 94, embora o autor refira

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

Os factos discutidos no Caso Dação em Pagamento⁷⁰ configuram uma típica situação de contratos múltiplos. Em 8 de Março de 2005, autora e ré celebraram um contrato-promessa de compra e venda relativo a dois prédios sitos no concelho de Loures. Desse contrato constava uma cláusula compromissória. Apenas um dia depois, a 9 de Março de 2005, as partes celebraram os contratos de compra e venda relativos a esses prédios. Um deles foi vendido pelo preço de € 15.000.000,00. Ainda no mesmo dia (9 de Março), e partindo do pressuposto de que o terreno em causa era urbanizável, autora e ré outorgaram um contrato-promessa de dação em pagamento, mediante o qual a compradora ré em lugar dos € 15.000.000,00 convencionados entregaria à autora 29,5% do que fosse edificado nos lotes resultantes do emparcelamento do prédio. No artigo 6.º deste contrato-promessa consta que *“as outorgantes assumem aqui expressamente as obrigações constantes do contrato-promessa de compra e venda entre elas celebrado em 8/3/2005, designadamente as que relevem da ali denominada Fase 2, contrato-promessa esse que é anexado ao presente”*.

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

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

que o ponto é controverso; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 99.

⁷⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), de 30 de Setembro de 2010, Processo n.º 5961/09.ITVLSB.L1-8; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Março de 2011, Processo n.º 5961/09.ITVLSB.L1.S1.

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

O raciocínio do Acórdão é, claramente, o de entender que o contrato em vigor é o último, estando o primeiro numa relação de acessoriedade e, logo, apenas eficaz em relação à parte para a qual se concretamente remeteu (o modo de pagamento). A cláusula arbitral diria apenas respeito ao primeiro contrato-promessa.

O Acórdão foi, no entanto, revogado pelo Supremo Tribunal de Justiça. Entende o tribunal que, face ao princípio da competência da competência, consagrado no artigo 21.º, n.º 1, da LAV, a questão da existência da convenção deve ser decidida pelo tribunal arbitral, excepto se a sua inexistência for manifesta e incontroversa, caso em que o tribunal judicial pode analisar a questão. Defende o tribunal que apenas lhe cumpre *“determinar se é manifesto e insusceptível de controvérsia séria e consistente a não aplicabilidade da convenção de arbitragem estipulada à relação contratual litigiosa – devendo, pelo contrário, em caso de dúvida fundada sobre o âmbito da referida convenção, serem as partes remetidas para o tribunal arbitral a que atribuíram competência para solucionar o litígio”*.

Ora, afirma o tribunal que, *“por um lado, a proximidade temporal (entre o 1.º contrato e os segundos apenas mediou 1 dia) e, por outro, a evidente conexão funcional e económica entre essas várias relações contratuais, bem expressas na «represtinação» e «absorção» do núcleo*

essencial das obrigações emergentes do 1.º contrato promessa, relativos ao loteamento e edificação a cargo da R., no âmbito da 2.ª promessa de dação em pagamento, torna-se perfeitamente plausível (apesar da autonomia jurídico-formal dos contratos) que a convenção de arbitragem estipulada se encontre incluída na ressalva operada pelo art. 6.º do referido contrato promessa de dação em pagamento: e, como atrás se referiu, basta essa plausibilidade de vinculação das partes à convenção de arbitragem estipulada, apurada através de um juízo perfunctório, para que, sem mais, cumpra devolver ao tribunal arbitral voluntário a prioritária apreciação da sua própria competência, procedendo, nessa medida, a excepção dilatória”.

No segundo Caso, o Royalties⁷¹, em 18 de Fevereiro de 1990, autora e ré declararam recíproca e verbalmente, celebrar o acordo a que denominaram «Contrato de Licença e Distribuição», onde figuram como declarantes a ré e C. Esse documento contém uma convenção de arbitragem.

Coloca-se neste Acórdão simultaneamente um problema de forma e de remissão para outro contrato. O tribunal recorre a “circunstâncias convalidadoras” previstas no artigo 2.º, n.º 2, da LAV, considerando que uma carta que, “já num ambiente litigioso, contém uma inequívoca remissão para o contrato assinado [...] por C”, tem “o mesmo valor formal que o documento escrito e assinado por ambos os contraentes”.

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

A incorporação por remissão foi também expressamente reconhecida no Acórdão Unicre⁷², um caso em que a autora acordou com a Unicre, ré, a cessação do seu contrato de trabalho. Nesse acordo de cessação constava a seguinte cláusula: “Com efeitos a partir do dia 1 de Fevereiro de 2008, e em consequência deste acordo, o segundo contraente será considerado beneficiário do Fundo de Pensões Unicre, com todos os direitos e prerrogativas previstos nos respectivos Estatutos”.

⁷¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Outubro de 2003, Processo n.º 03B3145 (também designado por Nova Dehó). Cfr. RUTE SANTOS, “Os Requisitos Formais e Materiais da Convenção de Arbitragem”, in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 167-199, p. 193.

⁷² Acórdão do TRL, de 13 de Janeiro de 2010, Processo n.º 373/09.0TTLSB.L1-4.

No contrato constitutivo do Fundo de Pensões Unicre estava prevista uma convenção de arbitragem.

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

O alcance da remissão depende da tarefa interpretativa⁷³, procurando saber-se se as declarações das partes apontam no sentido da inclusão da convenção de arbitragem no acordo⁷⁴.

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

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

Esta questão não se confunde com a da admissibilidade de a convenção de arbitragem resultar de adesão a cláusula contratual geral imposta por uma das partes⁷⁵. A característica específica desta situação reside na

⁷³ RAÚL VENTURA, “Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais”, 1986, p. 34, refere que “o problema básico é [...] de determinação da vontade das partes”.

⁷⁴ Segundo POUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, 1999, p. 278, “a existência e a extensão do consentimento devem ser interpretadas com recurso aos princípios gerais da interpretação de convenções de arbitragem, ou seja, tem de forma extensiva nem restritiva”. No sentido de que a convenção de arbitragem deve ser interpretada nos termos gerais, v. também JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Convenção de Arbitragem – Algumas Notas”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 Anos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 533-549, p. 541.

⁷⁵ Sobre este problema, v. RAÚL VENTURA, “Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais”, 1986; DÁRIO MOURA VICENTE, “A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLIII, n.º 2, 2002, pp. 987-1004, pp. 996 a 999; LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, 2005, pp. 91 e

rigidez da declaração contratual do predisponente e não na remissão para documento exterior ao acordo, característica da figura da incorporação por remissão. Podem, eventualmente, colocar-se as duas questões em simultâneo, se a cláusula contratual geral compromissória constar de um documento para o qual se remete, assinalando-se que esta remissão pode colidir, em concreto, com as regras de inserção de cláusulas contratuais gerais dos artigos 5.º a 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro⁷⁶.

2.5. Conclusão: critérios gerais de extensão da convenção

A natureza contratual da convenção de arbitragem é a pedra de toque da resolução de todos os problemas da sua extensão. Interessa aferir a vontade das partes no momento da celebração do contrato e/ou da convenção arbitral. Para além desta vontade, é importante realçar a exigência legal de forma escrita a que a convenção está sujeita. Esta exigência justifica-se pela renúncia ao direito a acionar nos tribunais estaduais que a convenção implica, mas ainda porque a dúvida sobre a exacta jurisdição do tribunal arbitral é naturalmente fonte de discussão quando o litígio material já existe, devendo ser ao máximo evitada.⁷⁷

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

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

Este princípio aplica-se igualmente nas situações de substituição legal, como é o caso da sub-rogação do credor ao devedor. Noutras situações, designadamente de impugnação de actos por diminuição de garantia patri-

92; ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 518 e 519; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2011, pp. 98 e 99.

⁷⁶ Isto apesar de que, como salienta RAÚL VENTURA, "Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais", 1986, p. 36, "a lei portuguesa não estabelece qualquer requisito especial para a inserção da convenção de arbitragem".

⁷⁷ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2011, p. 100.

monial, o terceiro não fica vinculado à convenção pois não há qualquer manifestação da vontade nesse sentido, nem sequer o objecto do litígio se pode considerar englobado na convenção.

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

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

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

3. Aspectos processuais

Analisadas as possibilidades de extensão da convenção de arbitragem a não signatários e a relações contratuais conexas, é hora de analisar as implicações processuais desta extensão. Repare-se que elas podem ou não existir. Existirão caso haja várias pessoas vinculadas à convenção; não existirão se tiver havido pura e simplesmente uma substituição subjectiva. Em qualquer caso, só se colocam as questões processuais depois de resolvido o problema da extensão subjectiva e/ou objectiva da convenção.

3.1. Admissibilidade das pluralidades

A arbitragem foi construída pensando em relações jurídicas com duas partes. Com este pano de fundo se estabelecem as regras da constituição do tribunal arbitral – o artigo 7.º, n.º 2, da LAV tem como pressuposto que há apenas uma parte de cada lado. A regra que estabelece é inaplicável a uma situação de coligação ou de pluralidade subjectiva subsidiária (artigo 31.º-B do Código de Processo Civil).

Face a este panorama legislativo, poderia duvidar-se da admissibilidade das pluralidades objectivas e subjectivas na arbitragem. E é certo que a LAV nenhuma regra contém em relação a este problema.

Já a LAV/APA reserva dois artigos para os problemas decorrentes das pluralidades subjectivas. Trata, no artigo 11.º, do regime da designação de árbitros e, no artigo 36.º, da intervenção de terceiros. Os preceitos não estabelecem expressamente a admissibilidade das figuras da pluralidade subjectiva, mas pressupõem, obviamente, a sua aceitação.

Na norma sobre constituição do tribunal arbitral não há qualquer distinção entre litisconsórcio e coligação. É sempre utilizada, em termos muito genéricos, a expressão pluralidades subjectivas. Já no artigo 36.º, n.º 3, a propósito da intervenção de terceiros, há referência ao litisconsórcio⁷⁸, a casos de oposição e de direito de regresso, caso que consubstancia uma intervenção acessória.

Esta circunstância podia levar-nos a duvidar da admissibilidade da coligação em arbitragem, quer face à actual LAV, quer face ao projecto da Associação Portuguesa de Arbitragem.

Na verdade, não é de todo evidente a sua admissibilidade⁷⁹. E não é evidente mesmo nos casos em que exista convenção de arbitragem compatível ou idêntica entre todas as possíveis partes. Nestes casos poderá haver sempre pluralidade, seja ela litisconsórcio, coligação ou pluralidade subjectiva subsidiária?

⁷⁸ A situação prevista na alínea c) – chamamento dos obrigados solidários não inicialmente demandados para que a sentença os vincule também – é um litisconsórcio voluntário passivo.

⁷⁹ MANUEL BOTELHO DA SILVA, "Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias", in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 499-538, p. 511.

Como se sabe, no nosso ordenamento jurídico-processual há requisitos para a admissibilidade da coligação. Assim como há critérios de distinção entre as várias figuras da pluralidade subjectiva. E repare-se, por exemplo, que a LAV/APA no seu artigo sobre intervenção de terceiros – o 36.º – importou estes conceitos.

Configuram-se aqui duas hipóteses: a adopção dos conceitos do Código de Processo Civil (CPC) ou a construção de outros⁸⁰. Parece-nos que o melhor é não perfilhar mecanicamente as regras do Código, mas antes aplicar normas que combinem os princípios gerais subjacentes às regras relativas às pluralidades com as especificidades da arbitragem.

O princípio geral subjacente às regras das pluralidades subjectivas é elevar ao máximo a eficácia de cada um dos processos, o ganho das partes com os seus processos. Devem, assim, ser admitidas quando potenciam esse máximo e recusadas quando têm o efeito contrário. Chegar-se-á, por aqui, ao critério da conexão entre processos, conhecida regra de quase todos os ordenamentos jurídicos e afloradas em todas as normas processuais sobre pluralidades subjectivas ou objectivas (cumulação, litisconsórcio, coligação, pluralidade subjectiva subsidiária, reconvenção, alteração do pedido e da causa de pedir, etc.). Assim, seria admissível a pluralidade quando existisse conexão relevante entre as pretensões, conexão que justifique ou até aconselhe o julgamento conjunto de todas as partes e/ou objectos.

Este critério atribui grande discricionariedade aos árbitros no momento de apreciar a admissibilidade da pluralidade.

Botelho da Silva defende outro, mais próximo da raiz contratual da arbitragem. Como é usual dizer-se, as partes têm o direito a arbitrar com quem querem e como querem. A ser assim, teria de retirar-se da interpretação da convenção de arbitragem que foi vontade das partes querer um único processo com todos ou vários intervenientes⁸¹.

⁸⁰ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, "Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral", in III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 183-198, p. 184, adopta sem discutir os conceitos e as regras do CPC.

⁸¹ MANUEL BOTELHO DA SILVA, "Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias", 2002, p. 515.

Parece-nos que o ideal é conjugar estes dois critérios. Os árbitros terão de analisar se, à luz da convenção arbitral, as partes quiseram ou não afastar⁸² o julgamento único de todas as questões e, ainda, se tal julgamento é útil para a eficiência daquele processo⁸³. Claro que a análise de qualquer um dos requisitos fica na dependência da alegação das partes, na medida em que está dentro do seu campo de disponibilidade. O primeiro requisito é material, sendo resolvido de acordo com as regras apontadas supra.

O que dissemos até agora não resolve, porém, todos os problemas. Podemos dizer que são admissíveis as pluralidades subjectivas e encontrar um critério para a sua admissibilidade, mas o certo é que a LAV não regula um único aspecto do seu regime, e ele não é dispensável. Há aqui, novamente, três opções: ou aplicar o regime do CPC; ou aplicar o regime da LAV/APA; ou estabelecer um regime diferente destes.

A primeira solução, defendida por Lebre de Freitas⁸⁴, não me parece ser a mais adequada, dada essencialmente a natureza voluntária da jurisdição arbitral⁸⁵. São várias as razões que justificam a não aplicação do CPC. A primeira e mais importante relaciona-se com o âmbito subjectivo da convenção, que determina naturalmente a competência do tribunal. O tribunal arbitral tem como fonte de competência a vontade das partes, a sua livre vinculação à arbitragem. A intervenção de um terceiro terá, como já vimos, primeiro e antes de mais, de resolver esta questão. Em segundo lugar, há que assegurar a igualdade das partes na constituição do tribunal, problema que não se coloca no tribunal judicial. Por último, a extensão do caso julgado a terceiros não intervenientes nos exactos termos do CPC é problemática, desde logo porque não existe qualquer

⁸² Não concordamos com a posição de MANUEL BOTELHO DA SILVA, "Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias", 2002, p. 516, quando exige "que da interpretação das duas convenções resulte expressa e literalmente a vontade de dirimir conjuntamente, num único processo arbitral multipartido, a matéria emergente das duas relações contratuais [...]". JOSÉ LEBRE DE FREITAS, "Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral", 2010, p. 187, afirma que não pode presumir-se que a celebração da convenção em contratos distintos interligados entre si implica vontade de tratamento jurisdicional separado dos casos.

⁸³ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 212.

⁸⁴ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, "Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral", 2010, p. 184.

⁸⁵ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 183. Cfr., ainda, nota 114 da LAV/APA.

efeito cominatório decorrente da revelia. Essa extensão subjectiva do caso julgado é possível, mas tem de ser ponderada de forma diferente daquela em que se traduz as regras do nosso Código.

Parece-nos realmente que o regime aplicável não é o do CPC, mas outro que se construa de acordo com os princípios próprios da arbitragem. Neste pressuposto, e face à lacuna da LAV actual, parece-nos útil testar se as regras contidas na LAV/APA podem ser já entendidas como direito positivo entre nós. Faremos esta análise a partir de cada um dos temas colocados pelas arbitragens complexas.

Idênticas dúvidas podem surgir a propósito da mera cumulação de pedidos e/ou causas de pedir numa única arbitragem. O problema aqui reduz-se apenas a pluralidades objectivas, mas, mais uma vez, não é tratado pela legislação. Antes de procurar um critério de solução do problema processual, há que averiguar da existência de convenção arbitral suficientemente ampla para abarcar todas as matérias. Esta questão que, como já por diversas vezes referimos, não deve ser confundida com o problema processual que agora tratamos. Resolvida, então, a delimitação da jurisdição do tribunal arbitral (através da exacta configuração da ou das convenções de arbitragem), há que saber em que termos são admissíveis cumulações de pedidos.

A ausência de regra leva-nos, novamente, a resolver o problema através dos princípios processuais comumente reconhecidos: a eficiência processual, a economia processual, o dever de gestão processual de quem conduz o processo.⁸⁶ Destes princípios retira-se, em primeiro lugar, uma regra geral de admissibilidade das cumulações mas também, concomitantemente, a possibilidade de tal cumulação não ser admitida pelos árbitros caso perturbe um eficaz tratamento do processo.

3.2. Constituição do tribunal arbitral

A constituição do tribunal arbitral quando há pluralidade de partes começou a ser discutida a propósito de um caso julgado na Cour de Cassation francesa, conhecido como o caso Dutco⁸⁷. Numa arbitragem

⁸⁶ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2011, pp. 152 e seguintes.

⁸⁷ *Revue de l'Arbitrage*, 1992, n.º 3, pp. 470 a 472.

proposta por uma sociedade, a Dutco, contra outras duas, a Siemens e a BKMI, estas invocaram violação do princípio da igualdade por não poderem, como a demandante, designar cada uma o "seu" árbitro. A Cour sustentou que o princípio da igualdade na constituição do tribunal arbitral era um direito irrenunciável das partes e, logo, anulou com este fundamento a sentença arbitral.⁸⁸

O caso Dutco fez mudar a doutrina e até alguns regulamentos de instituições arbitrais como a CCI, a American Arbitration Association e o London Court of International Arbitration. Em 1998 entrou em vigor o novo Regulamento CCI e foi incluída uma norma sobre pluralidade de partes na constituição do tribunal.⁸⁹

O artigo 10.º do Regulamento CCI estabelece, à semelhança de idênticas regras de outros Regulamentos arbitrais, que as partes plurais devem, em conjunto, nomear um dos árbitros. Se, porém, não chegarem a acordo quanto a essa nomeação, o Court pode nomear todos os membros do tribunal arbitral, indicando quem é o presidente. Anteriormente à alteração, a CCI limitava-se a nomear o árbitro não designado pela parte plural, a partir de 1998 passa a nomear todos.⁹⁰

Neste mesmo sentido vai ainda o novo Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial. Nos termos do artigo 8.º, o presidente do Centro de Arbitragem Comercial efectua a designação do árbitro que deveria ter sido indicado pela parte plural. Neste caso, porém, o presidente tem

⁸⁸ ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, "Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2004", in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XLV, n.º 4, 2004, pp. 307-351, pp. 341 e seguintes; MIGUEL PINTO CARDOSO e CARLA GONÇALVES BORGES, "Constituição do Tribunal Arbitral em Arbitragens Multipartes", in III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 139-149, pp. 141 a 143; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, 2009, p. 2100.

⁸⁹ ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, "Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2004", 2004, p. 345; MANUEL BOTELHO DA SILVA, "Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias", 2002, p. 504; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, 2009, p. 2102.

⁹⁰ ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, "Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2004", 2004, p. 346; MIGUEL PINTO CARDOSO e CARLA GONÇALVES BORGES, "Constituição do Tribunal Arbitral em Arbitragens Multipartes", 2010, p. 144.

sempre a possibilidade de indicar todos os membros do tribunal arbitral, substituindo até uma nomeação já feita.⁹¹

A questão surgiu também em Portugal numa decisão da Relação de Lisboa de 2004, o Acórdão Teleweb.⁹² Neste Acórdão é pedida a declaração de ilegalidade do tribunal arbitral que estava já constituído e a tramitar a respectiva acção arbitral. A acção foi proposta por uma sociedade contra duas rés, em coligação (pedidos diferentes). As rés entenderam que esta coligação era inadmissível, defendendo que deveriam ser propostas duas acções arbitrais em separado. Em consequência, indicaram cada uma um árbitro.

A Autora pediu então ao tribunal da Relação que indicasse o árbitro que as rés deveriam designar, o que este fez. O tribunal arbitral, assim constituído, iniciou a acção arbitral. Uma das rés recusou participar no procedimento e propôs esta acção em que pede a declaração de ilegalidade do tribunal.

A Relação de Lisboa entendeu que a convenção arbitral comportava arbitragem multi-partes, pelo que não havia incompetência do tribunal arbitral. Não se referindo expressamente à violação do princípio da igualdade, conclui que não há qualquer violação de regras da LAV. O tribunal acaba por decidir tendo em conta o princípio da competência da competência – o tribunal arbitral havia-se já considerado competente para o litígio em questão, pelo que uma análise deste problema só seria admissível na impugnação da sentença arbitral.

Embora este último argumento – que ditou a solução do Acórdão – seja correcto, o primeiro não corresponde aquilo que tem vindo a ser nacional e internacionalmente aceite.⁹³

Como se disse já, a LAV não contém qualquer regra sobre a questão em análise. Em arbitragem institucionalizada o problema pode estar resolvido, se previsto no respectivo regulamento. Em arbitragem *ad hoc* é necessário encontrar uma solução.

⁹¹ MIGUEL PINTO CARDOSO e CARLA GONÇALVES BORGES, "Constituição do Tribunal Arbitral em Arbitragens Multipartes", 2010, p. 145.

⁹² Acórdão do TRL, de 18 de Maio de 2004, Processo n.º 3094/2004-7.

⁹³ ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, "Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2004", 2004, pp. 350 e 351.

A LAV/APA regula expressamente o caso no artigo 11.º, consagrando a solução doutrinariamente defendida, mas com uma ligeira diferença. Estabelece como regra a nomeação conjunta dos árbitros pelas partes activas e passivas em bloco. Na falta de acordo sobre a designação, o tribunal judicial designa o árbitro em falta. Pode, porém, o tribunal judicial designar todos os membros do tribunal arbitral se uma das partes plurais tiver entre si *interesses conflituantes*.

O que se pretende com esta expressão não é inteiramente claro. Parece-nos útil importar a posição de António Sampaio Caramelo a este propósito, tendo em conta que é um dos (o principal) autores materiais da proposta. O autor refere-se aos interesses conflituantes na Anotação ao Acórdão Teleweb, configurando aí a situação da coligação como a típica em que existem ou podem existir esses conflitos de interesses.⁹⁴ Mais especificamente, já em comentário a este artigo 11.º da LAV/APA, Sampaio Caramelo explica que só em situações que justifiquem a designação de todos os árbitros pelo tribunal judicial tal deve acontecer. Porque a permitir-se a nomeação dos três árbitros por tribunal, está a negar-se o direito à parte (plural ou singular) que o nomeou, o que não pode ser decidido pela sua contra-parte.⁹⁵ O autor não parece aqui fazer já a distinção entre coligação e litisconsórcio.

Esta restrição do tribunal judicial só poder nomear a totalidade dos árbitros quando no interior da parte plural haja interesses conflituantes não consta do Regulamento da CCI, nem do CAC. Em comentário à norma do Regulamento CCI, Derains e Schwartz referem-se a situações em que embora haja duas ou mais pessoas juridicamente autónomas, na verdade elas representam uma mesma pessoa ou entidade ou património.⁹⁶ Como vimos, antes, esta é uma situação que pode tratar-se no âmbito da despersonalização da pessoa colectiva se verificados certos pressupostos.

A opção da discricionariedade do juiz é uma boa opção, mas não é a seguida pela LAV/APA. Nos termos desta, como se disse, o tribunal

⁹⁴ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, "Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2004", 2004, p. 350.

⁹⁵ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, "A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano II, 2009, pp. 7-56, p. 23.

⁹⁶ YVES DERAIS e ERIC A. SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2ª edição, Kluwer Law International, The Hague, 2005, p. 182.

só nomeará todos os árbitros quando se demonstre que a parte plural que falhou a nomeação tem entre si interesses conflituantes.

Parece-nos que a opção que atribui maior discricionariedade ao juiz no momento de nomear apenas um árbitro ou todos é a melhor. A opção da LAV/APA é mais restrita do que a maior parte das suas congéneres internacionais porque limita aos casos em que se demonstre que existem os tais interesses conflituantes.

O interesse que esta opção mais restrita visa defender – o do direito à nomeação de árbitro – não encontra justificação nas características essenciais do processo arbitral. Isto é, a possibilidade de as partes designarem árbitros não deriva de qualquer princípio fundamental do Direito. Pelo contrário, o que é essencial é a independência e imparcialidade dos árbitros, algo que é de difícil compatibilização, sobretudo prática, com esta nomeação.⁹⁷

O que é essencial é que o tribunal arbitral seja independente e imparcial e não que as partes possam influir na sua constituição. É evidente que a independência pode resultar dessa forma da designação, mas o modo normal de designação não é o único que assegura essa natureza jurisdicional ao painel de juízes-árbitros. Ora, se o modo tradicional de designação se traduz, no caso concreto, numa dificuldade de garantir essa independência e imparcialidade – porque a influência das partes na sua constituição foi desigual – faz sentido que seja nomeado um novo tribunal arbitral. Parece-nos, pois, que de acordo com os princípios do processo justo, o que há a garantir é a independência dos árbitros e não tanto – porque tal não resulta de qualquer regra do *due process* – um direito a nomear o árbitro.

Assim, em conclusão, face à ausência da LAV, a regra que melhor garante a independência do tribunal é a da nomeação de todos os árbitros pelo tribunal judicial. É certo que uma interpretação literal do artigo 12.º não permite chegar a esta conclusão. Mas parece-nos que a sua aplicação directa a situações de pluralidade de partes é contraditória com os princípios que a própria LAV propugna. Na situação em que a parte única não nomeia um árbitro fá-lo por sua conta e risco. Na situação em

⁹⁷ MANUEL BOTELHO DA SILVA, "Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias", 2002, p. 509.

análise, em que as partes da parte plural não designam árbitro comum, fazem-no porque não têm alternativa. Em ambos os casos a aplicação do artigo 12.º, n.º 4, leva a uma situação em que a parte que designou consegue ter maior influência na constituição do tribunal arbitral. Mas se na primeira tal situação é tolerável, na segunda não o será. A não ser que haja abuso de direito, sempre alegável nos termos gerais.

Assim, face à lacuna da LAV quanto a estas situações, julgamos preferível adoptar a regra internacionalmente aceite da nomeação integral do tribunal arbitral caso a parte plural falhe a nomeação conjunta do seu árbitro.⁹⁸

3.3. Intervenção de terceiros

Entramos agora na problemática das pluralidades subjectivas sucessivas, isto é, na intervenção de terceiros. A dificuldade de análise aumenta ainda nesta matéria. Se há dúvidas quanto às pluralidades subjectivas iniciais, muitas mais há quanto às sucessivas. E, como se sabe, a LAV não regula nenhum aspecto deste problema. Esta é, aliás, a opção de alguns ordenamentos jurídicos e regulamentos (como o da CCI). Foi igualmente a primeira opção do relator da LAV/APA, António Sampaio Caramelo.⁹⁹ O texto final da LAV/APA acabou, porém, por regular esta matéria, no já referido artigo 36.º, mas a Associação alterou-o profundamente na segunda versão do projecto. Esta dificuldade em encontrar uma solução consensual atesta bem a dificuldade do tema sob análise.

Antes de mais, como já diversas vezes se deixou dito, para que sejam admissíveis as pluralidades é necessária a existência de convenção de arbitragem entre todos os intervenientes. As diversas situações de extensão da convenção foram analisadas *supra*.

A LAV/APA, no seu artigo 36.º, n.º 1, estabelece a necessidade de convenção, permitindo, porém que essa existência derive de uma adesão posterior. Neste caso, porém, é necessário o consentimento de todas as partes primitivas da convenção de arbitragem.

⁹⁸ Parece também seguir esta posição, embora com referência directa ao artigo 12.º, n.º 4, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2010, p. 207.

⁹⁹ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, "A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária", 2009, p. 29.

A redacção desta norma pode pôr em causa as conclusões a que antes se chegou a propósito da extensão da convenção de arbitragem por aplicação das regras contratuais. Estes são realmente problemas contratuais, a que se deve aplicar as regras correspectivas. Nem há necessidade de criar regras especiais para a arbitragem porque, como se viu, não há grande especialidade.

O artigo 36.º da LAV/APA, agora no seu artigo 2.º, estabelece que a intervenção só é admitida se o terceiro aceitar a constituição do tribunal arbitral. Essa aceitação é presumida caso se trate de intervenção espontânea.

É mais uma vez, uma questão duvidosa na doutrina. Manuel Botelho da Silva admite, começando por referir que este é um dos problemas da pluralidade subjectiva sucessiva, que é sempre possível recompor o tribunal de acordo com os princípios do processo equitativo, em especial a imparcialidade dos árbitros.

A LAV/APA é, porém, bastante rígida, impedindo remodelações do painel arbitral. Mais rígido é, ainda, o Regulamento do CAC que apenas admite intervenções antes da constituição do tribunal arbitral – artigo 25.º do Regulamento CAC.¹⁰⁰

Há aqui duas questões diferentes, uma primeira do momento até quando é admissível a intervenção, uma segunda relativa às consequências dessa intervenção caso seja admitida. Como é evidente, se apenas se admitir as intervenções antes da constituição do tribunal, não se coloca o problema da sua reconstituição posterior.

A LAV/APA admite então as intervenções posteriores à constituição do tribunal arbitral. As anteriores à constituição do tribunal arbitral apenas são admitidas em arbitragem institucionalizada, conforme é referido no n.º 6 do artigo 36.º.¹⁰¹

¹⁰⁰ Esta regra justificar-se-á, provavelmente, por uma influência da jurisprudência da CCI – ver BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 171.

¹⁰¹ Este preceito não estava no primeiro projecto da LAV/APA e a sua compreensão não é inteiramente fácil. Repare-se: se há regulamento institucional arbitral é este que deve regular a intervenção de terceiros aceitando-a quando entender. Por outro lado, estabelecer a restrição de intervenções de terceiros anteriores à constituição do tribunal arbitral em arbitragem *ad hoc* (que a norma implica) não é necessário, nem me parece útil. É certo que em arbitragens *ad hoc* o processo arbitral se inicia com a constituição do tribunal, pelo que nem se vislumbra como poderia haver intervenções antes dessa constituição.

Neste caso, a LAV/APA exige que o regulamento de arbitragem aplicável assegure a observância do princípio da igualdade de participação de todas as partes, incluindo os membros de partes plurais, na escolha dos árbitros.

Esta norma parece ser algo contraditória com a anterior. Aqui obriga-se que se assegure a igualdade das partes na constituição do tribunal arbitral, ali obriga-se a manter a composição do tribunal arbitral como se encontrava no momento da intervenção.

Existem a este propósito, realmente, dois problemas que, naturalmente, impõem soluções diversas. Na intervenção anterior à constituição do tribunal arbitral, o único problema a tratar é o dessa constituição. Problema que tratámos, aliás, anteriormente e que a LAV/APA regula no artigo 11.º. Este preceito não acrescenta nada, aliás, a esse artigo 11.º. É certo que este não se refere a arbitragem institucionalizada, mas os princípios que lhe estão subjacentes têm de ser aplicáveis.

Em resumo, entendemos que, face ao silêncio da LAV, devem admitir-se as recomposições dos tribunais arbitrais em consequência de intervenções admitidas posteriormente à sua constituição. As partes poderão, claro, recusar a intervenção, caso prevejam um atraso considerável no desenrolar do processo arbitral.

A intervenção sucessiva coloca ainda outra questão, talvez mais importante: a de saber quando são as intervenções admissíveis. Mais uma vez, a LAV nada regula nesta matéria. A proposta da APA estabelece dois requisitos para que sejam admissíveis as intervenções: não perturbação do andamento do processo e razões de relevo que justifiquem intervenção.

A segunda versão da proposta deixou cair a necessidade de consentimento das partes. É uma questão discutida: Manuel Botelho da Silva exige sempre esse consentimento¹⁰²; já Lebre de Freitas entende que ele é dispensável.¹⁰³ Em termos internacionais, Hanotiau defendeu que não era necessário esse consentimento, sendo seguido por alguma jurispru-

Mas, como estamos no âmbito da autonomia privada, onde a imaginação frutifica, não vejo por que proibir.

¹⁰² MANUEL BOTELHO DA SILVA, "Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias", 2002, p. 532.

¹⁰³ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, "Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral", 2010, p. 188.

dência *ad hoc*.¹⁰⁴ Ao nível das instituições arbitrais de referência, ICC, LCIA, AAA, não é exigido esse consentimento, apenas a vinculação à mesma ou mesmas convenções de arbitragem.¹⁰⁵ Já as legislações nacionais variam muitíssimo quanto a esta questão, desde a regra inglesa e francesa da necessidade do consentimento de todas as partes,¹⁰⁶ até às diversas construções jurídicas oriundas dos Estados Unidos da América que permitem a intervenção sem consentimento.¹⁰⁷

Em conclusão quanto a esta questão e procurando uma solução face ao actual Direito positivo, julgamos ser mais prudente exigir o consentimento de todas as partes envolvidas para a intervenção de terceiros. Caso a LAV/APA seja adoptada com o texto actualmente conhecido, então a regra será a da possibilidade de intervenção mesmo com oposição de alguma ou de ambas as partes.

Passamos agora para o segundo requisito das intervenções de terceiros – o tribunal só deve admitir a intervenção se esta não perturbar indevidamente o normal andamento do processo arbitral e se houver razões de relevo que a justifique. Assim o estabelece o artigo 36.º, n.º 3, da LAV/APA, adoptando aqui regras gerais de senso comum.

A Proposta identifica três situações em que entende estarem reunidos estes pressupostos: litisconsórcio (voluntário e necessário, activo ou passivo); oposição; intervenção acessória provocada.

A LAV/APA autonomiza no artigo 36.º, n.º 3, alínea c), os casos da solidariedade da obrigação, admitindo, portanto, a possibilidade de intervenção provocada pelo demandado. Trata-se de um caso de litisconsórcio voluntário passivo, já inserido na alínea a) do presente artigo. Esta alínea não acrescenta nada relativamente às anteriores.

O critério de admissibilidade da intervenção – não perturbar o andamento normal do processo arbitral e ser útil para a eficácia da decisão final – verificar-se-á, com a maior probabilidade, em todos estes casos.

¹⁰⁴ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 167.

¹⁰⁵ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, pp. 171 a 177.

¹⁰⁶ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, p. 177, nota 431, relativamente a Inglaterra.

¹⁰⁷ CARLA GONÇALVES BORGES, "Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem", 2006, p. 121.

Poderá, porém, não se verificar em todas as situações, assim como poderá haver outros casos aqui não consagrados que justifiquem a intervenção.

A LAV/APA atende a estas circunstâncias atribuindo aos árbitros discricionariedade para deferir ou indeferir o requerimento de intervenção. Estas situações são, assim, meramente exemplificativas.

3.4. Extensão do caso julgado a terceiro

Admitida a intervenção, o problema que se coloca é de extensão de caso julgado caso o terceiro não participe na arbitragem.¹⁰⁸ É um problema que existe apenas na intervenção provocada. Na intervenção espontânea o problema não se coloca, na medida em que a sua livre adesão ao processo arbitral implica automaticamente a sua sujeição ao caso julgado.

Já na intervenção provocada poderá discutir-se a abrangência do caso julgado. A LAV/APA admite a intervenção provocada principal e acessória. Sendo requerida essa intervenção e admitida pelo tribunal arbitral, se o terceiro se recusar a participar, é discutível se ficará abrangido pelo caso julgado proferido pela decisão arbitral.

Lebre de Freitas admite essa extensão em qualquer das modalidades de intervenção de terceiros (principal, provocada, oposição), exigindo como requisito apenas que a citação do terceiro seja feita pela parte que o requereu.¹⁰⁹ Repare-se que estamos a pressupor que há convenção de arbitragem entre todas as partes. Esta é uma condição de admissibilidade da intervenção de terceiros.

O requisito que Lebre de Freitas exige – que a citação seja feita pela parte que requereu a intervenção – resulta de analogia com o meio de citação na arbitragem. Esta resulta, afinal, de duas notificações – a que dá início à arbitragem nos termos do artigo 11.º da LAV (ou artigo 33.º, n.º 1, da LAV/APA) e a da petição inicial (artigos 16.º, alínea b), da LAV e 33.º, n.º 2, da LAV/APA). Não me parece absolutamente necessário

¹⁰⁸ Em arbitragens complexas também é fruto de discussão o âmbito objectivo do caso julgado – cfr. BERNARD RANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, pp. 246 e seguintes.

¹⁰⁹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, "Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral", 2010, p. 184.

que seja a parte requerente a fazer essa citação, embora me pareça mais confortável para os árbitros que assim seja.

Seja como for, havendo entre todos convenção de arbitragem é de admitir a extensão, mesmo sem nenhuma norma que o refira expressamente (o que se verifica quer na actual LAV quer na LAV/APA). Repare-se que se está aqui a aplicar exactamente o mesmo princípio de vinculação do primitivo demandado à arbitragem. Tendo a convenção de arbitragem efeitos potestativos, qualquer dos seus subscritores pode dar início ao processo arbitral sem que a parte contrária se possa opor. Ora tal efeito produz-se evidentemente contra qualquer parte, seja ela parte primitiva ou não na arbitragem.

Assim, deve estender-se o efeito de caso julgado aos terceiros cuja intervenção tenha sido provocada, independentemente de terem ou não tido efectiva intervenção no processo. Desde que a estes terceiros seja dada a oportunidade de se defenderem, em igualdade com as restantes partes da arbitragem, não há preclusão de nenhuma garantia que, em termos de processo justo, impeça esta extensão.

3.5. Litisconsórcio necessário

Uma última nota para o litisconsórcio necessário. Como refere Lebre de Freitas, a não submissão do terceiro em litisconsórcio necessário à arbitragem levará à ineficácia da convenção arbitral e à sujeição de todas as partes à jurisdição estadual.¹¹⁰ Esta será a consequência apenas no caso em que a convenção arbitral não seja celebrada por todos os litisconsortes. Caso o seja, o problema coloca-se de forma diversa. A acção terá de ser proposta contra todos os litisconsortes inicial ou sucessivamente. Caso estes não intervenham no processo arbitral, nada impede a eficácia plena da sentença arbitral. Apenas no caso de os litisconsortes não terem sido chamados e, ainda assim, ter sido proferida sentença arbitral, será possível uma nova acção entre todos (sem que haja caso julgado) cuja sentença produzirá efeitos entre todos, retirando utilidade à primeira.

¹¹⁰ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, "Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral", 2010, p. 184.

3.6. Apensação

Um dos problemas corriqueiros em matéria de arbitragem complexa é o da *consolidation*. O termo significa, em geral, a possibilidade de cumular num único processo diversas pretensões, que isoladamente poderiam dar lugar a vários processos. É, assim, utilizado quer no sentido de cumulação inicial de pedidos ou de sujeitos (seja em litisconsórcio, seja em coligação), quer no sentido da cumulação subjectiva sucessiva, o que é o mesmo que dizer, intervenção de terceiros; quer ainda no sentido da apensação, a junção de dois ou mais processos já em curso. É este último sentido que agora pretendemos tratar.

A LAV não regula a matéria da apensação de processos arbitrais, como também o não faz a LAV/APA ou a Lei-Modelo da UNICTRAL. Esta ausência de regulamentação é comum à maioria dos ordenamentos jurídicos. No entanto, alguns regulam a matéria atribuindo poderes para apensar processos arbitrais aos tribunais judiciais e outros aos tribunais arbitrais. A maioria destes ordenamentos faz depender este poder de estipulação ou acordo das partes.¹¹¹ Apenas a Holanda, a Nova Zelândia e Hong Kong admitem a apensação mesmo contra a vontade das partes.¹¹² Esta possibilidade é, porém, vista como contrária à Convenção de Nova Iorque, na medida em que viola a convenção de arbitragem subscrita pelas partes.¹¹³

Configuram-se sobre este tema, e numa perspectiva de direito português, algumas questões. Desde logo, a admissibilidade da apensação de processos arbitrais, mas também a competência para ordenar essa apensação e a determinação do seu regime, designadamente qual o processo que deve ser apensado.

Face à lacuna da LAV, a apensação só será admissível se houver haja acordo das partes ou se o regulamento da instituição arbitral escolhida o permitir. A conclusão parece evidente, até pelo que fomos dizendo ao longo do presente estudo: a dificuldade material e processual em construir um único processo arbitral com diversas partes, diversas convenções,

¹¹¹ Assim, entre outros, Austrália, Irlanda, Singapura, Ontário – GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, 2009, p. 2077.

¹¹² GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, 2009, p. 2087.

¹¹³ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, 2009, p. 2076.

diversos objectos. Havendo acordo das partes – na convenção ou posteriormente – a jurisdição do tribunal arbitral fica salvaguardada. Não havendo, tal apensação não é possível, precisamente porque violaria a convenção arbitral e, logo, transcenderia a jurisdição do tribunal arbitral.

Quanto a regulamentos de instituições arbitrais, há que analisar dois. Em primeiro lugar, o da CCI e, em segundo lugar, o do Centro de Arbitragem Comercial. Ambos regulam expressamente a matéria.

O artigo 4 (6) do Regulamento da CCI atribui ao Court o poder de ordenar a apensação de duas arbitragens, se ambas estiverem pendentes na CCI. Pode determiná-lo se estiverem preenchidos os seguintes requisitos: identidade de partes nos dois processos, conexão com a mesma relação jurídica, requerimento de uma das partes, pedido prévio à assinatura ou aprovação dos *terms of reference*.¹¹⁴

O Regulamento do CAC regula esta matéria no artigo 24.º. Estabelece como requisitos a identidade das partes e o requerimento prévio à constituição do tribunal arbitral no segundo processo. A competência para ordenar a apensação é do Presidente do Centro, que deve antes ouvir a parte requerida e os árbitros já designados para o primeiro processo. A apensação pode ser recusada com fundamento no estado do processo (o primeiro) ou qualquer outra razão que justifique a inconveniência da junção. Deferida a apensação, o tribunal constituído para o primeiro processo vê a sua competência alargada ao segundo.

Os regulamentos citados permitem, então, a apensação sem acordo das partes – não há aqui porém violação da convenção arbitral, na medida em que a remissão para um regulamento de instituição arbitral faz incluir nessa convenção (e logo, nesse acordo) as regras da instituição escolhida.

Fora estas regras, não nos parece possível, sem entendimento das partes, a apensação de processos arbitrais. Não haveria, aliás, autoridade – judicial ou arbitral – que tivesse os poderes para o fazer. O eventual problema é apenas ultrapassável através de acordo entre as partes, o que, como se sabe, é muitas vezes difícil quando o litígio estala.

¹¹⁴ BERNARD HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, 2005, pp. 181 e 182; GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, 2009, p. 2095.

4. Conclusão

Apesar de toda a boa vontade da doutrina e da jurisprudência e até de alguns ordenamentos jurídicos, é importante não esquecer que a jurisdição do tribunal arbitral é sempre limitada pelas partes. E é o porque tal limitação significa a renúncia ao direito ao acesso aos tribunais judiciais, a maior parte das vezes, em todas as instâncias (com a renúncia ao recurso). A escolha da jurisdição arbitral significa, assim, a abdicação da justiça estadual – uma renúncia com esta gravidade, independentemente dos sobejamente conhecidos benefícios da arbitragem – não pode ser forçada. Se o for, poderá implicar nulidade da sentença arbitral, assim como o seu não reconhecimento por violação da Convenção de Nova Iorque.

Percebe-se que a extensão é muitas vezes a resposta a atitudes de honestidade duvidosa de uma das partes, que se enreda em subterfúgios legais para obstaculizar um procedimento já iniciado. Ainda assim, toda a cautela é necessária para que os esforços em manter ou alargar a jurisdição arbitral não sejam em vão. Haverá casos em que se deve ponderar seriamente a hipótese de demandar todos em tribunal judicial, que terá sempre, ainda que residualmente, a competência para oferecer a justiça necessária.

Bem sabemos que não é esta a solução que muitas vezes os arbitralistas querem ouvir, mas a verdade é que a instância arbitral tem limitações, decorrentes da sua natureza contratual e perene, que serão sempre o contrapeso das suas vantagens.

Tendo presentes estas limitações, há, porém, soluções que a evolução do instituto arbitral tem permitido encontrar. O progresso tem sido, realmente, notável, fruto também da crescente complexidade das relações jurídicas e dos contratos.

Assim, admite-se hoje com grande latitude a extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários, seja através da aplicação das regras contratuais gerais, seja através de teorias ligadas à boa fé ou à incorporação por remissão. É notória ainda a interpretação extensiva das teorias que permitem a aplicação da convenção a relações contratuais múltiplas quando apenas há convenção em algum dos contratos ou há mesmo cláusulas arbitrais incompatíveis.

Noutra dimensão, a processual, são hoje em geral admitidas as pluralidades objectivas e subjectivas na arbitragem, assim como, ainda que com limitações, essas mesmas pluralidades mas já na pendência do processo arbitral.

Constroem-se ainda mecanismos para resolver problemas colocados por essas pluralidades, como o modo de nomear os árbitros por partes plurais desavindas ou a atribuição de poderes aos tribunais judiciais ou às instituições arbitrais para apensar processos arbitrais.

A evolução nesta matéria, prevê-se, será ainda bastante. O incentivo virá, ou melhor, terá de vir das legislações nacionais, porque só um adequado enquadramento legal poderá permitir soluções mais arrojadas nesta matéria. Poderá, porém, permanecer o conflito entre essas disposições legais e a vontade das partes, o que impõe uma informada percepção dos problemas e das soluções disponíveis no momento de redigir as cláusulas arbitrais.

Uma cuidada redacção das cláusulas compromissórias no momento da celebração dos contratos pode resolver cabalmente os problemas. Esta redacção só é, porém, possível se houver plena consciência dos diversos problemas que se podem colocar, assim como, é claro, das diversas soluções possíveis. Este estudo tem, precisamente, o objectivo de, mostrando os problemas no momento do litígio, ajudar na construção de soluções anteriormente a esses litígios.

José Lebre de Freitas

*Professor Catedrático Jubilado
da Universidade Nova de Lisboa*

O princípio do contraditório na nomeação de árbitro pelo presidente do tribunal da relação

1. A escolha dos árbitros

No campo do direito disponível (art. 1-1 da Lei de Arbitragem Voluntária: LAV), é admissível que as partes acordem, para dirimir os conflitos entre elas, no recurso a tribunais arbitrais. Consagrados no art. 209-2 da Constituição da República, a sua actuação é de administração da justiça (art. 202-2 da Constituição da República), exercida em conformidade com os princípios fundamentais do processo civil (art. 16 LAV) e, portanto, de natureza jurisdicional. Mas a fonte do poder jurisdicional do tribunal arbitral é distinta da fonte do poder jurisdicional dos tribunais do Estado, ao contrário deles dotados de *jus imperii*. O seu poder de decisão deriva da **vontade das partes**, tendo assim um fundamento semelhante ao do **negócio jurídico** de direito privado: tal como os particulares podem, no domínio da autonomia da vontade, auto-regulamentar os seus interesses e, designadamente, prevenir os litígios ou pôr-lhes cobro mediante negócios de transacção (art. 1248 do Código Civil: CC), assim podem também, no mesmo domínio e desde que lei especial não o impeça, encarregar terceiros de decidir os litígios que entre eles tenham surgido (compromisso arbitral), ou venham a surgir (cláusula compromissória), no âmbito de determinada ou determinadas relações jurídicas. A convenção de arbitragem constitui assim um negócio jurídico, embora de direito processual¹.

¹ Remeto, para desenvolvimento destas considerações gerais, para o meu artigo *Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem*, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Coimbra, Almedina, 2002, II, ps. 625 e ss, n.º 1.1. Está republicado nos meus *Estudos sobre direito civil e processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, II, ps. 549 e ss.

Por isso, salvo quando da decisão arbitral é interposto recurso para os tribunais do Estado ou perante estes é requerida a sua anulação, permanece estranha ao direito da arbitragem a figura do **juiz natural**: os árbitros são **designados pelas partes** ou, quando estas assim entenderem, **escolhidos pelo modo por elas próprios fixado** na convenção de arbitragem ou em escrito posterior (art. 7-1 LAV); na falta de designação ou da fixação do modo de escolha dos árbitros, cada parte indicará um árbitro e os dois assim determinados escolherão o terceiro (art. 7-2 LAV).

O presidente do tribunal da relação do lugar fixado para a arbitragem ou, na falta de tal fixação, do domicílio do requerente só intervém na escolha quando **falta** a designação de árbitro, ou dos árbitros, em conformidade com essas regras (art. 12-1 LAV); uma das partes omitiu (ou ambas omitiram) a designação do árbitro que lhe cabia designar (art. 11-4 LAV); o terceiro, ou o centro de arbitragem institucionalizada, a quem tenha sido atribuído o poder de designação não exerce esse poder (arts. 11-6 LAV e 38 LAV); os dois árbitros cuja designação cabe originariamente às partes não escolhem o terceiro; a parte que dá início ao procedimento arbitral não propõe à outra o árbitro único, quando haja sido convencionada a arbitragem singular (art. 11-5 LAV).

A nomeação pode ser requerida ao presidente do tribunal da relação **passado um mês** sobre a notificação que a parte que pretende recorrer à arbitragem dirige à parte contrária, nos termos do art. 11-1 LAV, ou **passado um mês** sobre a nomeação do último dos árbitros a quem compete a escolha² (art. 12-2 LAV).

² "No caso referido no artigo 7.º, n.º 2", diz literalmente o art. 12-2 LAV. Como o art. 7-2 LAV só contempla o caso em que as partes não designaram os árbitros nem fixaram o modo da sua escolha, pareceria ficar de fora aquele em que elas próprias hajam estipulado, como é prática frequente nas convenções de arbitragem, que cada uma designará um árbitro, sendo o terceiro árbitro escolhido pelos assim designados, bem como aquele em que os dois primeiros árbitros são designados por outro modo, de acordo com a estipulação das partes, e a eles compete a escolha do terceiro. A interpretação racional do preceito leva a entendê-lo aplicável sempre que, por determinação das partes ou da norma supletiva, aos dois (ou mais) primeiros árbitros cabe designar o terceiro. Por outro lado, o mesmo art. 12-2 LAV não usa, no segundo caso que prevê, a expressão "passado um mês" (usada no primeiro caso), mas sim a expressão "dentro do prazo de um mês". Tomada à letra, esta última significaria que, decorrido um mês desde a nomeação do segundo árbitro, não mais poderia ser pedida a nomeação ao presidente do tribunal da relação - interpretação tão mais absurda quanto é certo que o poder de escolha não exercido cabe aos árbitros e o

A nomeação pelo presidente do tribunal da relação surge, em qualquer caso, como sucedâneo da designação que as partes, ou alguém por conta delas, omitiu: a constituição do tribunal arbitral é **do domínio das partes** e só quando estas, ou aquele (ou aqueles) a quem elas o conferem, não exerce o poder de designação é que, para que não fique paralisada a constituição do tribunal, se verifica a intervenção, solicitada, do presidente do tribunal da relação. Isto continua a ser assim quando se aplique a norma do art. 7-2 LAV: como norma supletiva, ela constitui um meio de **integração da vontade das partes**, de tal modo que é afastada, como expressamente diz, quando "houver acordo [superveniente] entre elas quanto a essa designação".

Em que medida, se é que em alguma, tem de ser observado o princípio do contraditório antes desse acto sucedâneo de nomeação do árbitro pelo presidente do tribunal da relação?

2. A escolha como processo de jurisdição voluntária

Esta intervenção sucedânea não tem carácter **jurisdicional**. Não se trata de resolver um conflito de interesses, e sem um conflito de interesses na base do processo não há processo civil (art. 3-1 do Código de Processo Civil: CPC)³.

Mas é indubitável o carácter **judicial** dessa intervenção. Considerações de política legislativa levam a que aos tribunais (e não a um órgão

requerimento de nomeação é normalmente feito por uma das partes. Inutilizar-se-ia assim, sem justificação, a designação, já feita, dos dois árbitros, sempre que, nada tendo estes acordado durante um mês, a parte seguidamente, isto é, já decorrido esse prazo, viesse requerer a nomeação do terceiro árbitro. O período de um mês faz sentido para a obtenção do acordo entre os dois árbitros, não para o requerimento ao presidente do tribunal da relação, pelo que o prazo estabelecido deve, no segundo caso, ser entendido como no primeiro. Da natureza destes prazos trato adiante.

³ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, 1.º 1.4.4. Constitui objecto do processo civil o *pedido* e este pressupõe um conflito de interesses, que a pretensão do autor converte em *litígio* (cf. art. 11-1 LAV: "instaurar o litígio"; menos rigorosa é a utilização do termo no art. 1-1 LAV: "O regime da simulação do litígio (arts. 665 CPC e 778 CPC, este na redacção anterior ao DL 303/2007, de 24 de Agosto) mais não é do que um corolário desta necessidade insuprível do conflito de interesses e da sua conversão num litígio *real* entre as partes (*Introdução cit.*, n.º 1.3.6).

da administração, ainda que teoricamente esta opção fosse possível) sejam cometidas, acessoriamente, funções não jurisdicionais, designadamente funções **administrativas**, não directamente orientadas pelo interesse público (como acontece na actividade tipicamente administrativa), mas consistindo numa **administração pública de direitos privados**⁴.

Entramos então no campo dos processos de **jurisdição voluntária**, que visam a prossecução de interesses privados não organizados em conflito: pode tratar-se de prosseguir o interesse de **uma pessoa** determinada ou os interesses **solidários** de duas ou mais pessoas⁵. No caso da nomeação de árbitro, a intervenção (judicial, mas não jurisdicional; antes administrativa) do presidente do tribunal da relação visa prosseguir o **interesse da parte que não designou o árbitro** que lhe cabia designar (de outro modo, só os restantes árbitros julgariam a causa, visto que a paralisação desta seria impensável) ou o **interesse solidário de ambas as partes** no funcionamento da arbitragem (quando se trate da nomeação do terceiro árbitro). Encontramo-nos, pois, perante um processo de jurisdição voluntária⁶.

Substituindo-se à vontade, não manifestada, da parte ou de terceiro⁷, a nomeação do árbitro pelo presidente do tribunal da relação **supre** essa vontade, constituindo um **processo de suprimento**, tal como aqueles de que o CPC especificamente se ocupa nos arts. 1425 a 1430, em sede de regulação dos processos de jurisdição voluntária⁸. A ideia de suprimento é precisamente a de **sucedâneo judicial** da vontade dum sujeito de direito, que não exerce o direito, faculdade ou poder que primariamente

⁴ Sobre a origem da expressão, veja-se a minha *Introdução* cit., n.º 1.4 (24).

⁵ Minha *Introdução* cit., n.º 1.4.5. Não haver conflito de interesses não significa que não possa haver **controvérsia**, isto é, conflito de opiniões entre os intervenientes no processo, relativamente à prossecução do interesse ou interesses em causa.

⁶ Por todos: VITTORIO DENTI, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, Rivista di diritto processuale, 1954, p. 22.

⁷ Veja-se os arts. 400-2 CC (substituição judicial na determinação da prestação por uma das partes ou por terceiro) e 883 CC (substituição judicial na determinação do preço da compra e venda), cujas previsões dão lugar ao processo de suprimento do art. 1429 CPC.

⁸ Também o processo de fixação judicial do prazo (art. 1456 CPC) constitui um processo de suprimento, sempre que esteja em causa um prazo que a parte (ou as partes) ou terceiro podia ter fixado, mas não fixou (cf. art. 777 CC, n.º 2 e 3).

lhe cabe⁹. Os processos de suprimento pressupõem sempre uma norma que preveja essa intervenção sucedânea do tribunal. Normalmente, essa norma é de direito substantivo; mas pode ser também de direito adjectivo, como é o caso da nomeação de árbitro pelo presidente do tribunal da relação. Sem que se trate propriamente dum caso **análogo** ao da divisão judicial de ganhos e perdas (art. 1430 CPC), a tramitação do art. 1429 CPC aplica-se¹⁰.

Não se argumente em contrário com o facto de a nomeação do árbitro caber, não ao tribunal da relação, mas ao seu presidente. Os presidentes dos tribunais, superiores ou de 1.ª instância, têm, sem dúvida,

⁹ No CPC de 1939 só apareciam regulados como processos de suprimento judicial os que, segundo a lei substantiva, deviam ter lugar em caso de *recusa* (art. 1477), *incapacidade ou ausência* (art. 1478), aos quais apenas se acrescentava o de suprimento de consentimento pelo conselho de família (art. 1479). Tratava-se, no dizer de ALBERTO DO REIS, *Processos especiais*, Coimbra, Coimbra Editora, II, p. 458, de casos em que o suprimento do tribunal (ou do conselho de família) era necessário à validade do acto jurídico, dada a recusa, incapacidade ou ausência do titular do poder de nele consentir (ver hoje, a título de exemplo, as normas dos arts. 1682 CC, n.ºs 1 e 3, 1682-A CC, 1682-B CC, 1683-2 CC, 1684-3 CC (consentimento do cônjuge) e 153 CC (autorização do curador do inabilitado). As normas do CC de 1966 sobre o suprimento da deliberação da maioria legal dos comproprietários (art. 1407-2 CC), de outro modo impossível de se formar, dada a exigência de dupla maioria (de consortes e de capital) do art. 1407-1 CC, a nomeação do administrador do condomínio, quando a assembleia de condóminos não o eleja (art. 1435-1 CC), a determinação da prestação, quando a parte ou o terceiro a quem esteja confiada não a faça (art. 400-2 CC), a determinação do preço da compra e venda, quando as partes não o determinem nem convençionem o modo de o determinar (art. 883-1 CC), e a divisão dos ganhos e perdas da sociedade civil, quando o terceiro a quem esteja confiada não a faça (art. 993-1 CC), levaram à introdução no CPC de 1967 das normas dos arts. 1427 a 1430, onde o suprimento judicial não é já *sucedâneo do consentimento* exigido para a validade dum acto praticado por outrem, mas um *sucedâneo do próprio acto*, não praticado por quem tinha o direito, poder ou faculdade de o praticar.

¹⁰ A norma remissiva do art. 1430 CPC é, ela própria, susceptível de ser aplicada *analogicamente* (a casos não análogos aos da divisão judicial de ganhos e perdas), dado o seu carácter *residual*: havendo uma norma (não prevista nos artigos anteriores) que faculte o suprimento judicial, sem conter regras de tramitação do procedimento a seguir, impõe-se o recurso ao art. 1429 CPC, a cujo procedimento o art. 1430 CPC confere natureza geral no âmbito dos processos de suprimento. JOÃO RAPOSO, *A intervenção do tribunal judicial na arbitragem / Nomeação de árbitros e produção de prova*, in *Primeiro Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa / Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 120, entende ser antes aplicável a norma do art. 1425 CPC (suprimento do consentimento no caso de recusa).

competências **tipicamente administrativas** (arts. 43-1 LOFTJ, alí. e), f) e g), 59-1 LOFTJ e 75 LOFTJ). Mas têm também algumas competências **jurisdicionais** (ex.: art. 117-1 CPC, desde o DL 303/2007, de 24 de Agosto; art. 688-1 CPC, até ao DL 303/2007, de 24 de Agosto; art. 732-A-1 CPC). Nada impede que tenham igualmente competências **de jurisdição voluntária** (administração pública de direitos privados), como é o caso da que é atribuída ao presidente do tribunal da relação pelo art. 12-1 LAV: é como órgão judicial (embora não no exercício da função jurisdicional) que ele actua, ao nomear o árbitro ou árbitros que o titular do direito ou poder de designação¹¹ não designou.

3. A imposição da contraditoriedade

É expressa a determinação específica da observância do princípio do contraditório nos processos de suprimento: o direito à contestação, oposição ou resposta é **sempre** assegurado por norma que, minuciosamente, se vê incluída na respectiva regulação (arts. 1425-1 CPC, 1426 CPC, n.ºs 1 e 2, 1427-2 CPC, 1428-2 CPC, 1429-2 CPC e 1430 CPC). No caso-tipo que nos ocupa, a aplicação do art. 1429-2 CPC *ex vi* art. 1430 CPC dá que a contraparte do requerente da nomeação do árbitro tem de ser **citada** antes de o presidente do tribunal da relação a ela proceder.

A conclusão diversa não se chegaria se, qualificando o procedimento em causa como de jurisdição voluntária, se entendesse que não se lhe aplica um procedimento específico do CPC, nomeadamente o dos processos de suprimento. Com efeito, nos processos de jurisdição voluntária conhece limitação o **princípio do dispositivo** (art. 1409-2 CPC), o **princípio da legalidade** (arts. 1410 CPC e 1411-1 CPC) e o **valor do caso julgado** (art. 1411-1 CPC); mas a lei não limita, *et pour cause*, o **princípio do contraditório**.

Por um momento, poderia pensar-se que, tal como a defesa¹²: a contraditoriedade só é prescrita pela norma geral do art. 3 CPC para os

¹¹ Segundo a convenção de arbitragem ou o escrito posterior previstos no art. 7-1 LAV, ou ainda segundo o acordo, a este último superveniente, do art. 7-2 LAV.

¹² "O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe..." (art. 3-1 CPC); "... providências contra determinada pessoa" (art. 3-2 CPC).

casos assentes num conflito de interesses, isto é, no âmbito da jurisdição contenciosa. Mas o âmbito de previsão do art. 3-3 CPC é mais amplo do que esse: o princípio do contraditório é observado em todo o processo, de jurisdição contenciosa ou de jurisdição voluntária, salvo quando não haja outro interessado, ainda que subordinado, que não seja o requerente. A comprová-lo, o art. 1409-1 CPC remete para as disposições gerais dos incidentes da instância, entre as quais o **art. 303 CPC** expressamente concede o direito à oposição¹³.

Por último, saliente-se que à mesma conclusão nos levaria o **regime do procedimento administrativo**: o art. 8 CPA vincula os órgãos da Administração Pública a assegurar a participação dos particulares na formação das decisões que lhes digam respeito, designadamente através

¹³ Não se tranquilizou o legislador com esta remissão, pois teve o cuidado, quase sempre redundante, de vincar a necessidade de observância do princípio do contraditório em *contra* um dos procedimentos de jurisdição voluntária regulados no CPC: art. 1412-1 (alimentos); art. 1413-2 (atribuição da casa de morada de família); art. 1415-2 (fixação ou alteração da casa de morada de família); art. 1416-2 (contribuição do cônjuge para as despesas domésticas, mediante remissão para o art. 400, n.os 1 e 2); art. 1417-3 (conversão da separação em divórcio); arts. 1432 e 1438-3 (alienação ou oneração de bens dotais ou sujeitos a fideicomisso); art. 1439-2 (autorização judicial de acto); art. 1440-3 (aceitação ou rejeição de liberalidade a favor de incapaz); art. 1441-1 (alienação ou oneração de bens do ausente ou confirmação de acto praticado pelo representante do incapaz); art. 1451-2 (custódia provisória dos bens do ausente); art. 1457-1 (fixação judicial de prazo); art. 1467-2 (aceitação ou repúdio de herança jacente); art. 1470-1 (escusa do testamentário); arts. 1475 e 1477-1 (apresentação de coisa ou documento); art. 1479-2 (inquérito judicial à sociedade); art. 1484-2 (nomeação de titular de órgão social); art. 1484-B-2 (suspensão ou destituição de titular de órgão social); arts. 1487, n.os 2 e 3, e 1487-A-2 (redução do capital social); 1488-2 (oposição à fusão ou cisão de sociedades); 1490-2 (averbamento de acções ou obrigações); 1493-1 (conversão de acções ou obrigações); 1498-2 (liquidação de participação social); art. 1499 (outro processo de avaliação de participação social); art. 1500-2 (investidura em cargo social); art. 1507-2 (nomeação de consignatário de fazendas em navio); art. 1507-C (atribuição de bens de pessoa colectiva extinta). Não o diz o art. 1458 (notificação para preferência), por à notificação se dirigir, por sua própria natureza, o processo. Apenas nos casos dos arts. 1442 (constituição do conselho de família, em que porém é ouvido o Ministério Público) e 1502 (vistoria para conhecer do estado de navegabilidade do navio, salvo quando requerido que se decrete a in navegabilidade); art. 1505-2) não há, pelas especialidades oferecidas, disposições semelhantes. Por sua vez, o art. 1486-2 (convocação de assembleia de sócios), concede ao juiz o poder de ouvir ou não a administração da sociedade. Veja-se a proximidade em que os casos de nomeação de titular de órgão social (art. 1484-2) e de investidura em cargo social (art. 1500-2) se encontram daquele que é objecto do parecer.

da respectiva audiência, que os arts. 100 CPA a 103 CPA regulam em termos que não deixam margem para dúvidas¹⁴. A verificação de que assim é também no campo do procedimento tipicamente administrativo dissipará qualquer dúvida que subsista por o art. 1409-1 CPC se referir aos "processos regulados neste capítulo": o que a lei pretende dizer é que se refere apenas aos processos de jurisdição voluntária, dos quais os regulados no CPC têm assento nesse capítulo¹⁵.

Deve, pois, o presidente do tribunal da relação ouvir a parte que não haja requerido a designação do árbitro, antes de decidir nomeá-lo¹⁶. Pode assim a parte pronunciar-se sobre a verificação dos pressupostos da devolução ao tribunal do poder de designação e até, antes disso, sobre a própria existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem (cf. art. 12-4 LAV).

¹⁴ "Os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta" (art. 100-1 CPA). Só assim deixa de ser quando ocorra algum caso de dispensa da audiência (art. 103 CPA). Compreende-se, designadamente, que a parte não tenha de ser (de novo) ouvida quando se tenha já pronunciado no procedimento (de nomeação judicial do árbitro, iniciado com o requerimento dirigido ao presidente do tribunal da relação) sobre as questões que importam à decisão (art. 103-2-a CPA).

¹⁵ Paralelamente, o art. 302 CPC referiu-se, até à revisão de 1995-1996, aos "incidentes regulados neste capítulo" e uma orientação restritiva preconizava que a sua aplicação se circunscrevia aos incidentes da instância aí nomeados (ac. do STJ de 21.10.80, BMI, 300, p. 344). Note-se, porém, que o art. 1409-1 CPC não diz "processos de jurisdição voluntária regulados neste capítulo", caso em que paralela interpretação restritiva seria idênticamente defensável.

¹⁶ Em outros sistemas jurídicos há disposições expressas neste sentido: §§1035, III e V, 1062, I, e 1063, I, ZPO alemã; arts. 485 e 486 *ex vi* arts. 1444 e 1457, todos do CPC francês; art. 437 LEC espanhola *ex vi* art. 15, n.ºs 2-b e 4, da Ley 60/2003, de 23 de Dezembro; secções 18 e 80 do Arbitration Act inglês de 1996. Um pouco diversamente, a lei italiana, no art. 810 CC, diz que o juiz decide, "ouvida, sendo caso disso, a outra parte", o que leva alguma doutrina a entender que *si* encontramos um poder discricionário (BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1994, ps. 45-46), enquanto outros entendem que a interpretação (forçosa) do preceito *à lit* da Constituição leva a concluir que o juiz tem o dever de *ouvir sempre a parte* (TARDIA-LUZZATTO-RICCI, *Legge 5 Gennaio 1994, n. 25*, Padova, Cedam, 1995, ps. 48-49).

4. A nulidade decorrente da não audição da parte

4.1. Quando não ouça a parte, o presidente do tribunal da relação omite a prática de um acto que a lei impõe, o que produz nulidade do subsequente acto de nomeação (art. 201 CPC, n.ºs 1 e 2).

Poderia pensar-se que a irregularidade assim cometida é insusceptível de **influir na decisão** de nomeação do árbitro ou, indirectamente, na decisão de mérito a proferir pelo tribunal arbitral, sempre que, à data do requerimento, concretamente ocorram os pressupostos da nomeação pelo presidente do tribunal da relação.

Não é, porém, assim.

Como ponto de partida para o demonstrar, tenhamos como evidente que a intervenção no processo arbitral dum árbitro, em vez de outro, é, independentemente da idoneidade e imparcialidade de qualquer deles, susceptível de **influir** no sentido da decisão arbitral. Nem se compreenderia, se assim não fosse, a atribuição à parte do direito primário de designação¹⁷.

Verifiquemos seguidamente que os prazos de um mês dos arts. 11-1 LAV e 12-2 LAV não são prazos preempatórios.

O art. 11 LAV não estabelece prazo algum para a parte contrária responder ao convite que lhe é dirigido para designar o árbitro que lhe cabe indicar. O prazo de um mês após o qual a nomeação pelo presidente do tribunal da relação pode ser requerida não limita no tempo a resposta a esse convite, fazendo caducar o direito de designar; tem, sim, o alcance de **só permitir** o requerimento de nomeação sucedânea quando a parte contrária não tenha feito a designação dentro de um mês. É, pois, um **prazo dilatatório** e não um **prazo preempatório**: não extingue o direito de praticar o acto de designação; difere no tempo a

¹⁷ "A perda desse direito é muito grave (*a very serious matter*), sobretudo quando a parte contrária mantém o seu", pois, "o árbitro nomeado (...) pode ser competente e diligente, mas a possibilidade de a parte escolher o árbitro de sua preferência é um aspecto estrutural do processo arbitral internacional" (GARY B. BORN, *International commercial arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, p. 1395).

* O mesmo que o autor afirma do processo arbitral internacional, de que se ocupava, se dirá do processo arbitral interno.

possibilidade de apresentação do requerimento de nomeação sucedânea (cf. art. 145 CPC, n.ºs 2 e 3).

Quer isto dizer, na falta de disposição que faça extinguir o direito da parte à designação¹⁸, que esta conserva esse direito **até ao momento em que o presidente do tribunal da relação faça, ele, a nomeação requerida**: o presidente da Relação há-de verificar, ao despachar o requerimento que lhe é feito, se falta designação feita "em conformidade com o disposto nos artigos anteriores" ao art. 12 LAV, e não se, **à data do requerimento da contraparte**, essa designação não estaria feita ou se ela não tinha sido feita – sem possibilidade de o ser depois – no prazo de um mês, que é estabelecido no art. 12 e não nos artigos anteriores.

A audição da parte tem, em todos os casos, a utilidade de lhe permitir que, antes da decisão, proceda finalmente à designação. Dada a natureza negocial da convenção de arbitragem, a **designação pela parte é sempre preferível à nomeação por terceiro que as partes não hajam designado para o efeito**, incluído o presidente da Relação. O que a lei não pode é permitir que o início da arbitragem seja **paralisado** pela inércia da parte, razão por que faculta à contraparte o recurso ao presidente da Relação: mas isso não importa a inadmissibilidade duma designação posterior **que não atrase o procedimento**.

Estas considerações valem também para o caso em que está em causa a nomeação do terceiro árbitro, pelo que o segundo prazo de um mês a que se refere o art. 12-2 LAV é igualmente um prazo dilatatório (só se pode requerer depois de um mês sem designação do terceiro árbitro) e não um prazo peremptório (tem de se requerer dentro do prazo de um mês), que não faria qualquer sentido¹⁹, não prejudicando a eficácia dum acto de designação pelos dois primeiros árbitros que seja anterior ao despacho do presidente da Relação.

4.2. Em caso com que fui confrontado, dava-se a curiosa circunstância adicional de a parte que aparentemente não tinha designado árbitro o ter feito, na realidade, sob condição suspensiva e esta não se ter veri-

¹⁸ As partes podem estipular a extinção na convenção de arbitragem.

¹⁹ A expressão "no prazo de um mês" não pode ser entendida à letra.

ficado. Não se tratava, portanto, duma total omissão de designar, mas duma **designação condicional**.

A condição fora estipulada num acto **unilateral** da parte (o acto de designação do árbitro) e nada impedia esta de a ela renunciar: nos actos unilaterais, só o respectivo autor tem o direito de revogação, apenas com as limitações decorrentes da produção **definitiva** de efeitos na esfera jurídica da parte contrária ou de terceiro²⁰.

A audição da parte permitir-lhe-ia, além do mais, **precindir da condição** por si mesma aposta à designação feita e converter esta em definitiva. Dar-lhe-ia também a possibilidade de atacar a existência, **na própria data do requerimento**, do pressuposto da nomeação pelo presidente do tribunal da relação consistente na omissão da designação que a ela originariamente tenha cabido: a parte podia, entretanto, ter procedido a uma (nova) designação incondicional, sem que a requerente disso tivesse dado conhecimento ao presidente da Relação.

No entanto, o presidente do tribunal da relação procedeu à nomeação sem audição da parte e, tendo esta, ao tomar dela conhecimento, logo arguido a nulidade do despacho assim proferido, foi pelo presidente da Relação entendido que, sendo o processo de nomeação de árbitro um processo administrativo, a ele não se aplicava o princípio do contraditório,²¹

²⁰ Esse direito de revogação unilateral refere-se, em primeiro lugar, ao próprio acto; mas também às suas estipulações acessórias que não produzam imediatamente *direitos* na esfera jurídica de terceiros. A suspensão dos efeitos da designação dum árbitro, enquanto a condição não se verifique, não confere direitos à parte contrária; a faculdade de requerer a nomeação pelo presidente do tribunal da relação é meramente *instrumental* e só depois desta nomeação se pode falar dum *direito* a que a causa seja julgada por um colégio arbitral que integra o árbitro nomeado; só então se *completa* a fatispécie normativa da nomeação, iniciada com o requerimento da parte.

²¹ Outro ponto curioso desse caso concreto era que a constituição do tribunal arbitral não se manteve a mesma ao longo de todo o processo. Estava este ainda no início – fora notificada a autora para apresentar a petição inicial – quando o terceiro árbitro e o árbitro designado pela autora renunciaram às suas funções, por motivo de conflito de interesses. A situação não deixava de ser estranha: dos três árbitros que se constituíram como tribunal arbitral, só restava aquele cujo procedimento de nomeação era contestado. O bom senso aconselhava a introduzir no processo o árbitro que a parte tinha designado condicionalmente, em vez de nele manter aquele que, por acto sucedâneo, o presidente do TRP tinha nomeado. O procedimento arbitral estava no início e o momento era propício para que se fizesse a *reconstituição total* do tribunal arbitral, evitando entre as partes o conflito respeitante à sua invocada irregular constituição. O acordo entre as partes seria, sem dúvida,

modo seguro de assim assentar em novas bases o funcionamento da arbitragem; mas, na sua falta, a interpretação racional do art. 13 LAV, à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e do acesso à justiça, levava a reconhecer à parte o direito de, antes da designação de novo terceiro árbitro, tornar firme a designação do árbitro que designara sob condição. O art. 13 LAV prevê o falecimento ou a impossibilidade permanente do árbitro, bem como a sua escusa e os casos em que a designação fique sem efeito (nomeadamente, por impedimento superveniente ou procedência de suspeição), como situações determinantes da sua substituição, à qual se procederá segundo as regras aplicáveis à designação ou nomeação inicial. A substituição referida é *individual*: substitui-se o árbitro que deixa de integrar o colégio arbitral, mantendo-se os restantes, semelhantemente ao que acontece no caso paralelo do afastamento de juiz dum tribunal colectivo, por impedimento ou suspeição (arts. 124 CPC, n.ºs 2 e 3, e 132-2 CPC). Continua a ser assim, em regra, quando a maioria dos árbitros (em regra, dois) desaparece, restando apenas uma minoria (em regra, um); mas uma interpretação racional pode levar a concluir que, em determinados casos, se deve abrir a possibilidade de substituição de todo o colégio arbitral. Começamos pelas razões que levam o legislador a optar pela manutenção em funções do árbitro não atingido pelas causas do afastamento dos restantes. Trata-se de *abolição menos perturbadora* do que a de renovar totalmente o colégio arbitral. Isso é óbvio do ponto de vista da *tramitação* processual, que deve ser o menos possível complicada. E é-o também na perspectiva do *aproveitamento dos actos processuais já praticados* pelo colégio anterior: decisões interlocutórias já tomadas articulam-se-ão, em princípio, melhor com as decisões subsequentes se permanecer um elemento comum aos dois colégios arbitrais sucessivos (no caso dos tribunais do Estado, uma terceira razão ocorre: há que conservar quanto possível o juiz natural, determinado pela distribuição. Não há paralelo na jurisdição arbitral: pertencendo, em primeira mão, às partes a escolha dos árbitros, não há razão para que a sua vontade não possa, em caso algum, ser de novo manifestada). No caso referido, nenhuma destas razões jogava: a manutenção do árbitro nomeado por terceiro, em vez de o substituir pelo designado (de início condicionalmente) pela parte, era potencialmente *mais perturbadora da tramitação processual*; e acontecia até que a condição aposta pela parte tinha-o sido no pressuposto de que se estava perante um caso de litisconsórcio necessário e por isso era preciso que os pretensos litisconsortes (que o autor não demandara) uníssemos à designação, questão esta que só mais tarde (no despacho saneador) foi expressamente decidida, em sentido negativo, pelos árbitros, mas a que estes tinham já dado implícita resposta negativa (quando só a parte demandada fora notificada para contestar) e que já fora implicitamente rejeitada pela autora (que tinha o ónus do chamamento dos terceiros) quando esta se dirigira ao presidente do tribunal da relação – pelo que a condição aposta já há muito deixara de fazer sentido. A única decisão tomada pelo colégio arbitral originário respeitava ao estabelecimento das regras processuais a seguir, o que em *nada* prejudicava as futuras decisões, de natureza processual ou de mérito, a tomar no processo. Consideradas as finalidades do preceito do art. 13 LAV, o princípio da proporcionalidade deixava em aberto a possibilidade de o entender como proporcionando também, em certas condições, a possibilidade de substituição do árbitro remanescente. Assim é que o art. 12-4 do Regulamento de Arbitragem da CCI dispõe: "En cas de remplacement d'un arbitre, le

Cour décide, à sa discrétion, de suivre ou non la procédure initiale de nomination. Siôt reconstitué, le tribunal décidera, après avoir invité les parties à soumettre leurs observations, si et dans quelle mesure la procédure antérieure sera reprise". Rodazido o tribunal a um árbitro (precisamente o árbitro em causa), à parte devia ser concedida a possibilidade de converter em definitiva a designação que fizera, ou de transformar em resolutive a condição que conformara como suspensiva, procedendo-se, no caso afirmativo, à substituição também desse árbitro. Só assim se asseguraria o tratamento igualitário das duas partes, exigido pelo princípio processual da *igualdade de armas* (art. 3-A CPC: as partes devem ser tratadas em igualdade ao longo de todo o processo, designadamente no exercício de *faculdades* e na aplicação de *cominações*) e derivado do direito de acesso à justiça, consagrado no art. 20 da Constituição da República ("todos têm direito a que a causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo": n.º 4), pois esse princípio, mais do que a igualdade de tratamento *formal* das partes, implica o seu tratamento *substancialmente* idêntico ("estatuto de *igualdade substancial* das partes": art. 3-A CPC). A ideia de igualdade substancial implica "um *jogo de compensações* gerador do equilíbrio global do processo, quando a desigualdade objectiva intrínseca de certas posições leva a atribuir a uma parte meios processuais não atribuíveis à outra" (LIBRE DE FREITAS, *Introdução* cit., n.º 13.3 (p. 119)), e, como princípio fundamental, há-de orientar a interpretação da lei ordinária. No processo de arbitragem referido, encontramos, em determinada altura, uma parte (a autora) com direito a substituir o árbitro que designara, e outra (a ré) que, tendo designado apenas condicionalmente o árbitro que lhe cabia designar – e havendo por isso sido nomeado outro árbitro, em vez dele, pelo presidente do tribunal da relação (sem sua audição prévia) –, impugnava há muito esta nomeação, arrogando-se o direito de que o tribunal arbitral fosse integrado pelo árbitro que designara. Tinha-se igualmente afastado o terceiro árbitro, que os dois primeiros haviam escolhido. O *tratamento substancialmente equitativo* das duas partes exigia que, perante a situação gerada, ambas pudessem designar livremente um árbitro, os dois escolhendo seguidamente novo árbitro para presidir ao tribunal. A faculdade concedida pelo art. 13 LAV à autora só poderia, nessas circunstâncias, ser *contrabalançada* por semelhante faculdade concedida à ré, ainda que esta, diferentemente daquela, ficasse limitada a confirmar a designação já feita, em vez de ter de novo o direito de designar quem muito bem entendesse. Assim não tendo sido feito, gerou-se uma desigualdade *substancial* entre as duas partes. O art. 13 LAV contém, em si, os gérmenes desta potencial desigualdade e há que o interpretar no sentido de, quando o direito à substituição do árbitro por uma parte implicar para esta uma *situação de vantagem*, por a outra não ter procedido inicialmente à designação do árbitro que lhe cabia designar ou, no mínimo, ter feito uma designação eficaz (ou provisoriamente ineficaz, enquanto a condição suspensiva não se verificasse), *dever ser dado também a esta parte o direito à substituição, maxime* quando ela não se tenha conformado com a nomeação sucedânea do presidente do tribunal da relação, cujos pressupostos entenda não verificados, e expressamente persista na ideia de que não perdeu o direito àquela designação. Interpretação do art. 13 LAV que não lhe introduza esta limitação é *inconstitucional*, por violar o princípio da igualdade de armas. Veja-se, aliás, como noutros campos, nomeadamente o da *prova*, a lei processual cuidou sempre de evitar a

4.3. Constituição irregular do tribunal arbitral

A falta de audição da parte antes do despacho de nomeação do árbitro não constitui apenas a nulidade intraprocessual do art. 201-1 CPC. Constitui igualmente fundamento de anulação da sentença arbitral.

Segundo o art. 27 LAV, n.ºs 1-b e 2, constitui fundamento de anulação da sentença arbitral ter ela sido proferida por tribunal irregularmente constituído, a menos que não o tenha invocado oportunamente a parte que dele tenha tido conhecimento no decurso da arbitragem.

É irregularmente constituído o tribunal arbitral quando não tenham sido observadas as normas dos arts. 6 LAV a 14 LAV, entre as quais a que respeita à nomeação pelo presidente do tribunal da relação (art. 12).

Desde que a questão seja suscitada pela parte na pendência do processo arbitral (art. 27-2 LAV) e a nulidade cometida não tenha sido reparada, a anulação da sentença dos árbitros pode ser pedida no tribunal judicial.

Conclusões

1. Constitui um processo de suprimento, com a natureza de processo de jurisdição voluntária, aquele em que, a requerimento duma parte na arbitragem, ou dos árbitros pelas duas partes designados, o presidente do

geração de situações de desigualdade entre as partes em consequência do exercício, por uma delas, do direito à substituição superveniente dum meio processual: o art. 512-A CPC, embora conceda a qualquer das partes a faculdade de alterar ou aditar o rol de testemunhas, concede à contraparte daquela que a tenha exercido a faculdade suplementar de, nos 5 dias subsequentes, alterar ou aditar o seu rol; o art. 573 CPC, ocorrendo causa, originária ou superveniente, de remoção do perito inicialmente designado pela parte, ou impossibilidade, superveniente e imputável ao perito, de este realizar a diligência, confere ao juiz (e não à parte) o poder de fazer a nova nomeação. O art. 16-a LAV exige que as partes sejam tratadas, na arbitragem, com absoluta igualdade, devendo o adjectivo ser interpretado do mesmo modo que o adjectivo "substancial" no art. 3-A CPC. Violado este princípio, constitui-se o fundamento de anulação do art. 27-1-c LAV, sendo manifesta a influência decisiva dessa violação na resolução do litígio, visto que outro (ou outros) foram os árbitros que o resolveram. Noutra perspectiva, uma vez que a não concessão à ré da faculdade de substituir o seu árbitro, quando a autora substituiu o seu, deu lugar à irregular reconstituição do tribunal arbitral, verifica-se o fundamento de anulação do art. 27-1-b LAV.

tribunal da relação nomeia, nos termos do art. 12-2 LAV, o árbitro não designado ou escolhido nos termos aplicáveis dos arts. 7 LAV e 11 LAV.

2. Pedida ao presidente do tribunal da relação a nomeação do árbitro, deve ser observado o princípio do contraditório, tal como a lei expressamente estabelece em todos os casos de processo de suprimento que especificamente regula (arts. 1425 CPC a 1430 CPC), bem como, em geral e também especificamente, nos restantes processos de jurisdição voluntária, ouvindo-se a parte titular do direito de designação sobre a verificação dos pressupostos da norma do art. 12-1 LAV, incluindo a validade da convenção de arbitragem.

3. Pode, aliás, a parte, até ao momento da nomeação do árbitro pelo presidente do tribunal da relação, proceder ainda à designação do árbitro em falta, o mesmo podendo fazer os dois primeiros árbitros no caso de falta do terceiro árbitro, dado serem dilatatórios, e não peremptórios, os prazos de um mês estabelecidos pelos arts. 11-1 LAV e 12-2 LAV.

4. A audição da parte não é dispensável quando ela haja designado condicionalmente um árbitro, cabendo então ao presidente do tribunal da relação verificar especialmente se a condição se verificou ou se a parte que a após a ela pretende renunciar, casos em que a designação feita se consolidaria e o pedido de nomeação feito pela parte contrária seria indeferido.

5. A nomeação de árbitro sem precedência da audição da parte, além de constituir nulidade processual, nos termos do art. 201-1 CPC, por ser susceptível de influir no exame ou na decisão da causa, constitui o fundamento de anulação da sentença arbitral previsto no art. 27-1-b LAV.

REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

VIDA INSTITUCIONAL

José Robin de Andrade

Advogado

Presidente da Associação Portuguesa de Arbitragem

Sumário das actividades desenvolvidas pela Associação Portuguesa de Arbitragem entre Setembro de 2010 e Setembro de 2011

1. O período abrangido por esta resenha foi marcado, em termos institucionais, pela Assembleia Geral Ordinária da Associação que se realizou em 24 de Janeiro de 2011 e que, além de aprovar o Relatório e Contas da Direcção que então cessou funções, e o parecer do Conselho Fiscal, elegeu os corpos sociais para novo biénio, que passaram a ser:

Mesa da Assembleia Geral: Presidente – Miguel Galvão Teles, Vice-Presidente – Carlos Ferreira de Almeida, Secretários: José Corte Real e Secretário – Ricardo Guimarães.

Direcção: Presidente – José Robin de Andrade; Vogais – Armindo Ribeiro Mendes, Dário Moura Vicente, José Miguel Júdice, Pedro Siza Vieira; Secretário Executivo – Pedro Metello de Nápoles.

Conselho Fiscal: Presidente – Rui Machete; Vogais – José Pires Machado e Magalhães Cardoso.

A Assembleia Geral foi muito concorrida, tendo-se realizado no anfiteatro da Faculdade de Direito de Lisboa, e sido precedida por uma conferência do prof. Bernardo Cremades sobre Arbitragem de Investimento.

Saudamos a entrada na Direcção do nosso associado Armindo Ribeiro Mendes, notável jurista, advogado e árbitro, e antigo juiz do Tribunal Constitucional, que já vinha colaborando intensamente com a Direcção na definição das soluções contidas no Projecto da nova LAV. Deixa-nos a seu pedido, o associado António Sampaio Caramelo, a quem também muito se deve pelo trabalho que desenvolveu, desde 2009, na preparação e sobretudo na justificação, das versões sucessivas do Projecto da nova LAV que a Direcção pôde apresentar aos sucessivos Governos.

A aprovação de contas de 2009 e 2010 permite fazer coincidir o período dos mandatos dos órgãos sociais e as contas, com o ano civil, como fora anunciado pela Direcção cessante.

2. Durante este período, o esforço da Direcção concentrou-se no objectivo prioritário de contribuir para dotar o País de uma Lei de Arbitragem Voluntária moderna e tecnicamente bem construída, capaz de ser reconhecida como uma lei baseada na lei modelo da Uncitral e de trazer para o nosso País mais arbitragens internacionais, além de promover uma maior utilização da arbitragem como meio de resolução dos litígios domésticos.

O final de 2010 representou o culminar das negociações com o Governo e em particular com o Gabinete do Secretário de Estado da Justiça Dr. João Correia, tendo levado o Ministro da Justiça a iniciar o procedimento legislativo em 15 de Dezembro com base numa proposta de lei que, embora em alguns pontos divergisse das soluções preconizadas pela APA, mereceu a aprovação global da Direcção.

Infelizmente esta proposta veio a ser totalmente alterada e adulterada pelo Governo, de tal forma que a proposta final aprovada em Conselho de Ministros e dirigida à Assembleia da República (Proposta 48/XI) suscitou críticas públicas e severas por parte da Direcção da APA.

A APA foi consultada e chegou a participar em audição pública formal na Comissão de Direitos Liberdades e Garantias da Assembleia da República, onde contou com o apoio do nosso associado Manuel Barrocas, tendo negado o seu aval ao projecto, o qual, apesar de aprovado na generalidade, acabou por não ser aprovado na especialidade na Assembleia, entretanto dissolvida.

Com o início de funções de novo Governo, a APA desde cedo obteve da Sra Ministra da Justiça a garantia do empenhamento firme do Governo em dotar o País rapidamente de uma nova Lei de Arbitragem com as características que a APA também definira como necessárias. A Direcção da APA procedeu assim a uma nova revisão (a terceira) do seu projecto, que publicou no site, e entregou formalmente ao Governo, tendo tido a grata notícia de que o Governo decidira apoiar-se no seu Projecto ao apresentar à Assembleia da República uma nova Proposta de Lei de Arbitragem Voluntária.

3. Sob o ponto de vista das estruturas internas da própria APA, o período ficou marcado pelo arranque do Conselho para a Arbitragem de Direito Público, sob a co-presidência dos nossos associados Manuel Castelo Branco e João Raposo, que com o seu dinamismo promoveram a adesão de vários colegas ao seu programa de actividades e levaram a cabo um animado e participado Colóquio em 7 de Abril de 2011 destinado exclusivamente a temas de arbitragem de direito público, realizado nas instalações da Associação Comercial de Lisboa.

4. Foi também durante este período que a APA passou a dedicar uma especial atenção ao tema das arbitragens de investimento, no seguimento da sua intervenção dinamizadora com vista à designação dos novos árbitros portugueses para o sistema ICSID, oportunamente anunciada no site.

De facto, a APA veio a ser consultada pela Direcção Geral das Actividades Económicas quanto à orientação a seguir nas negociações europeias relativas à progressiva substituição dos BITS (acordos bilaterais de protecção de investimento estrangeiro) dos Estados membros por BITs comunitários e em especial quanto às cláusulas de arbitragem a inserir nos mesmos.

Paralelamente a essa consulta, foi organizado em 14 de Abril de 2011 em colaboração com o Ministério das Finanças, um Colóquio sobre Arbitragem de Investimento, que contou com todos os novos árbitros e conciliadores portugueses do Sistema ICSID. O Colóquio foi muito participado e realizou-se nas instalações da Associação Comercial Portuguesa.

Por outro lado, face ao interesse que vem suscitando entre vários associados a Arbitragem de Investimento, foi deliberar criar uma Comissão que se dedicará exclusivamente ao seu estudo e divulgação, e que será presidida pelo nosso Associado Filipe Alfaiate.

5. No domínio das publicações, a APA deu continuidade à sua Revista, tendo sido publicado em finais de 2010 o número correspondente ao ano de 2010, assim se recuperando os atrasos que se fizeram sentir no arranque. A revista continua a ser distribuída gratuitamente aos associados, contando com artigos e estudos doutrinários sobre arbitragem e com uma recensão crítica periódica sobre jurisprudência nacional neste domínio.

6. A par da Revista, o outro veículo de comunicação através do qual a APA vem divulgando a sua actividade e promovendo o conhecimento da arbitragem tem sido o "site" na internet (www.arbitragem.pt). Nele se continuaram a divulgar e anunciar eventos relevantes nacionais e internacionais em que fossem debatidos temas de arbitragem, e se continuam a depositar documentos, como os sucessivos projectos de LAV elaborados pela APA, ou estudos realizados por associados, que se destinam ao conhecimento publico.

Recentemente tem-se feito um esforço no sentido de inserir na secção jurisprudência "links" para as sentenças e acórdãos, designadamente nacionais, sobre temas de arbitragem.

E muito brevemente ficarão on line sentenças e acórdãos arbitrais desde a década de 70, que a APA tem vindo a recolher junto dos Tribunais, e que serão divulgados sem menções pessoais, tal como ficou acordado com as instancias judicias que nos facultaram o acesso a tais documentos, preciosos para a história da arbitragem no nosso País.

Organizar-se-á ainda um verdadeiro no "site" registo de decisões arbitrais por anos, que permita progressivamente conhecer, na medida do possível, a realidade arbitral do nosso país, que se mantém largamente desconhecida, dado que se processa em regra fora dos centros institucionalizados.

7. Manteve-se por outro lado a dinâmica do ano anterior na promoção e participação em eventos e micro eventos sobre arbitragem promovidos por associados ou organizações congéneres.

8. Finalmente sob impulso do Conselho para a Prática Arbitral Comercial e do seu presidente Rui Pinto Duarte, realizou-se em 26 de Novembro de 2010 um Colóquio muito participado sobre Meios de Prova em Processo Arbitral, que contou também com a intervenção dos nossos associados Pedro Nápoles e Nuno Lousa.

9. No plano das relações internacionais que têm continuada a ser coordenadas pelo nosso associado e membro da Direcção José Miguel Judice, a Apa tem vindo a estreitar relações com organizações congéneres no Brasil e em Espanha, tendo igualmente patrocinado a apresentação em Lisboa da CIMA, prestigiado centro de arbitragem de Espanha que

pretende propor-se como alternativa a Paris e Londres em arbitragens internacionais de empresas portuguesas, e recrutar para o efeito árbitros portugueses. No plano da relação com os Países Africanos de língua oficial portuguesa, a APA tem mantido estreita ligação com o Instituto da Cooperação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, presidido pelo Prof. Dário Moura Vicente, nosso associado e colega de Direcção.

10. A APA tem contado com o apoio permanente às suas iniciativas por parte da Associação Comercial de Lisboa e da Faculdade de Direito de Lisboa, instituições a quem se agradece e se fica a dever grande parte do sucesso alcançado na divulgação e promoção da arbitragem.

Lisboa, 19 de Setembro de 2011

REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

**LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA
E DOCUMENTAÇÃO**

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

REGULAMENTO DE ARBITRAGEM DE 2011*

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

ARTIGO 1.º

Corte Internacional de Arbitragem

1. A Corte Internacional de Arbitragem (a "Corte") da Câmara de Comércio Internacional (a "CCI") é o órgão independente de arbitragem da CCI. Os estatutos da Corte constam do Apêndice I.

2. A Corte não soluciona ela própria os litígios. Compete-lhe administrar a resolução de litígios por tribunais arbitrais, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da CCI (o "Regulamento"). A Corte é o único órgão autorizado a administrar arbitragens submetidas ao Regulamento, incluindo o exame prévio e aprovação de sentenças arbitrais proferidas de acordo com o Regulamento. Compete à Corte aprovar o seu próprio regulamento interno, previsto no Apêndice II (o "Regulamento Interno").

3. O Presidente da Corte (o "Presidente") ou, na sua ausência ou a seu pedido, um dos Vice-Presidentes daquela, poderá decidir questões de caráter urgente, em nome da Corte, que deverá ser informada a esse respeito, na sessão seguinte.

4. Na forma prevista no Regulamento Interno, a Corte poderá delegar em um ou vários comitês integrados pelos seus membros o poder de tomar determinadas decisões, devendo ser informada, na sessão seguinte, das decisões tomadas.

5. A Corte realiza seus trabalhos com a assistência da Secretaria da Corte (a "Secretaria"), sob a direção do seu Secretário Geral (o "Secretário Geral").

* Em vigor a partir de 1 janeiro de 2012.

ARTIGO 2.º

Definições

No Regulamento:

- (i) a expressão "tribunal arbitral" aplica-se indiferentemente a um ou mais árbitros,
- (ii) os termos "requerente", "requerido" e "parte adicional" aplicam-se indiferentemente a um ou mais requerentes, requeridos, ou partes adicionais, respectivamente,
- (iii) os termos "parte" ou "partes" aplicam-se indiferentemente a requerentes, requeridos ou partes adicionais,
- (iv) os termos "demanda" ou "demandas" aplicam-se indiferentemente a qualquer demanda de qualquer parte contra qualquer outra parte,
- (v) o termo "sentença arbitral" aplica-se, *inter alia*, a uma sentença arbitral interlocutória, parcial ou final.

ARTIGO 3.º

Notificações ou comunicações por escrito; prazos

1. Todas as manifestações e outras comunicações por escrito apresentadas por qualquer das partes, bem como todos os documentos a elas anexados, deverão ser fornecidos em número de cópias suficientes para que cada parte receba uma cópia, mais uma para cada árbitro e uma para a Secretaria. Uma cópia de toda notificação ou comunicação do tribunal arbitral às partes deverá ser enviada à Secretaria.

2. Todas as notificações ou comunicações da Secretaria e do tribunal arbitral deverão ser enviadas para o último endereço da parte destinatária ou do seu representante, conforme comunicado pela parte em questão ou pela outra parte. A notificação ou comunicação poderá ser entregue contra recibo, carta registrada, entrega expressa, transmissão por correio eletrônico ou qualquer outra forma de telecomunicação que produza um comprovante do seu envio.

3. A notificação ou comunicação será considerada efetuada na data em que for recebida pela parte ou pelo seu representante, ou naquela em que deveria ter sido recebida, se houver sido validamente realizada em conformidade com o artigo 3.º (2).

4. Os prazos especificados ou fixados de conformidade com o Regulamento serão contados a partir do dia seguinte àquele em que a notificação ou a comunicação for considerada como tendo sido efetuada, segundo o artigo 3.º (3). Quando o dia seguinte àquela data for feriado oficial ou dia não útil no país em que a notificação ou comunicação for considerada como entregue, o prazo começará a correr no primeiro dia útil seguinte. Os feriados oficiais e os dias não úteis são incluídos no cálculo do prazo. Se o último dia do prazo estipulado for feriado oficial ou dia não útil no país em que a notificação ou comunicação for considerada entregue, o prazo vencerá no final do primeiro dia útil seguinte.

INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM

ARTIGO 4.º

Requerimento de arbitragem

1. A parte que desejar recorrer à arbitragem segundo o Regulamento deverá apresentar o seu Requerimento de Arbitragem (o "Requerimento") à Secretaria em qualquer de seus escritórios especificados no Regulamento Interno. A Secretaria notificará o requerente e o requerido do recebimento do Requerimento e da data de tal recebimento.

2. A data de recebimento do Requerimento pela Secretaria deverá ser considerada, para todos os efeitos, como a data de início da arbitragem.

3. O Requerimento deverá conter as seguintes informações:

- a) nome ou denominação completo, qualificação, endereço e qualquer outro dado para contato de cada parte;
- b) nome ou denominação completo, endereço e qualquer outro dado para contato das pessoas que representem o requerente na arbitragem;
- c) descrição da natureza e das circunstâncias do litígio que deu origem às demandas e os fundamentos sob os quais tais demandas são formuladas;
- d) especificação do pedido, incluídos os valores de quaisquer demandas quantificadas e, se possível, uma estimativa do valor monetário das demais demandas;

- e) quaisquer contratos relevantes e, em especial, a(s) convenção(ões) de arbitragem;
- f) quando demandas forem formuladas com base em mais de uma convenção de arbitragem, a indicação da convenção de arbitragem sob a qual cada demanda está sendo formulada;
- g) todas as especificações relevantes e quaisquer observações ou propostas relativas ao número de árbitros e à escolha destes, de acordo com as disposições dos artigos 12 e 13, bem como qualquer designação de árbitro exigida pelos referidos artigos; e
- h) todas as especificações relevantes e quaisquer observações ou propostas relativas à sede da arbitragem, às regras de direito aplicáveis e ao idioma da arbitragem.

O requerente poderá apresentar, junto com o Requerimento, qualquer documento ou informação que considere apropriados ou que possa contribuir para a resolução do litígio de maneira eficiente.

4. Junto com o Requerimento, o requerente deverá:

- a) apresentar tantas cópias quantas exigidas pelo artigo 3.º(1); e
- b) efetuar o pagamento da taxa de registro fixada no Apêndice III ("Custas e honorários da arbitragem"), em vigor na data em que o Requerimento for apresentado.

Caso o requerente deixe de cumprir qualquer dessas condições, a Secretaria poderá estabelecer um prazo para que o faça, sob pena de arquivamento do caso, sem prejuízo do direito do requerente de, posteriormente, apresentar a mesma demanda em um outro Requerimento.

5. A Secretaria deverá transmitir ao requerido uma cópia do Requerimento e dos documentos a ele anexos para que possa apresentar a sua Resposta assim que tiver o número de cópias necessário e for confirmado o pagamento da taxa de registro.

ARTIGO 5.º

Resposta ao Requerimento; reconvenções

O requerido deverá, dentro do prazo de 30 dias contados do recebimento do Requerimento remetido pela Secretaria, apresentar a sua resposta (a "Resposta"), a qual deverá conter os seguintes elementos:

- a) seu nome ou denominação completo, qualificação, endereço e qualquer outro dado para contato;
- b) nome ou denominação completo, endereço e qualquer outro dado para contato das pessoas que representem o requerido na arbitragem;
- c) suas observações quanto à natureza e às circunstâncias do litígio que deu origem às demandas e quanto aos fundamentos sob os quais as demandas são formuladas;
- d) a sua posição em relação ao pedido do requerente;
- e) quaisquer observações ou propostas relativas ao número e à escolha de árbitros à luz das propostas do requerente e de acordo com as disposições dos artigos 12 e 13, e qualquer designação de árbitro exigida pelos referidos artigos; e
- f) quaisquer observações ou propostas relativas à sede da arbitragem, às regras de direito aplicáveis e ao idioma da arbitragem.

O requerido poderá apresentar, junto com a Resposta, qualquer documento ou informação que considere apropriados ou que possa contribuir para a resolução do litígio de maneira eficiente.

2. A Secretaria poderá conceder ao requerido uma prorrogação de prazo para apresentar a Resposta, desde que o pedido para tal prorrogação contenha as observações ou propostas do requerido relativas ao número de árbitros e à escolha destes, e, quando exigido pelos artigos 12 e 13, a designação de um árbitro. Caso contrário a Corte deverá proceder de acordo com o Regulamento.

3. A Resposta deverá ser submetida à Secretaria no número de cópias determinado no artigo 3.º(1).

4. A Secretaria deverá transmitir a Resposta e os documentos a ela anexos a todas as outras partes.

5. Qualquer reconvenção formulada pelo requerido deverá ser apresentada junto com a Resposta e conter:

- a) descrição da natureza e das circunstâncias do litígio que deu origem à reconvenção e dos fundamentos sob os quais a reconvenção é formulada;
- b) indicação dos pedidos, incluídos os valores de qualquer demanda que esteja quantificada e, se possível, uma estimativa do valor monetário dos demais pedidos reconvençionais;

- c) quaisquer contratos relevantes e, em especial, a(s) convenção(ões) de arbitragem; e
- d) quando for formulada reconvenção com base em mais de uma convenção de arbitragem, a indicação daquela sob a qual cada demanda está sendo feito.

O requerido poderá apresentar, junto com a reconvenção, qualquer documento ou informação que considere apropriados ou que possa contribuir para a resolução do litígio de maneira eficiente.

6. O requerente deverá, no prazo de 30 dias contados da data de recebimento da reconvenção remetida pela Secretaria, responder a reconvenção. Antes da transmissão dos autos ao tribunal arbitral, a Secretaria poderá conceder ao requerente uma prorrogação desse prazo.

ARTIGO 6.º

Efeitos da convenção de arbitragem

1. Quando as partes tiverem concordado em recorrer à arbitragem de acordo com o Regulamento, serão elas consideradas como tendo se submetido *ipso facto* ao Regulamento em vigor na data do início da arbitragem, a não ser que tenham convencionado se submeterem ao Regulamento em vigor na data da convenção de arbitragem.

2. Ao convencionarem uma arbitragem de acordo com o Regulamento, as partes aceitam que a arbitragem seja administrada pela Corte.

3. Caso alguma das partes contra a qual uma demanda é formulada não apresente uma resposta, ou formule uma ou mais objeções quanto à existência, validade ou escopo da convenção de arbitragem ou quanto à possibilidade de todas as demandas apresentadas serem decididas em uma única arbitragem, a arbitragem deverá prosseguir e toda e qualquer questão relativa à jurisdição ou à possibilidade de as demandas serem decididas em conjunto em uma única arbitragem deverá ser decidida diretamente pelo tribunal arbitral, a menos que o Secretário Geral submeta tal questão à decisão da Corte de acordo com o artigo 6.º(4).

4. Em todos os casos submetidos à Corte, de acordo com o artigo 6.º(3), esta deverá decidir se, e em que medida, a arbitragem deverá prosseguir. A arbitragem deverá prosseguir se, e na medida em que,

a Corte esteja *prima facie* convencida da possível existência de uma convenção de arbitragem de acordo com o Regulamento. Em particular:

- (i) caso haja mais de duas partes na arbitragem, esta deverá prosseguir tão somente entre aquelas partes, abrangendo qualquer parte adicional que tiver sido integrada com base no artigo 7.º, em relação às quais a Corte esteja *prima facie* convencida da possível existência de uma convenção de arbitragem que as vincule, prevendo a aplicação do Regulamento; e
- (ii) caso haja demandas fundadas em mais de uma convenção de arbitragem, de acordo com o artigo 9.º, a arbitragem deverá prosseguir apenas com relação às demandas a respeito das quais a Corte esteja *prima facie* convencida de que (a) as convenções de arbitragem com base nas quais tais demandas foram formuladas são compatíveis, e (b) todas as partes na arbitragem tenham concordado com que tais demandas sejam decididas em conjunto, em uma única arbitragem.

A decisão da Corte de acordo com o artigo 6.º(4) é sem prejuízo da admissibilidade ou do mérito das posições de quaisquer das partes.

5. Em todos os casos decididos pela Corte de acordo com o artigo 6.º(4), qualquer decisão relativa à competência do tribunal arbitral, exceto com relação a partes ou demandas a respeito das quais a Corte decida que a arbitragem não deve prosseguir, será tomada pelo próprio tribunal arbitral.

6. Caso as partes sejam notificadas de uma decisão da Corte de acordo com o artigo 6.º(4) no sentido de que a arbitragem não deve prosseguir em relação a algumas ou todas elas, qualquer parte manterá o direito de submeter a qualquer jurisdição competente a questão sobre se existe uma convenção de arbitragem vinculante e quais partes estão a ela vinculadas.

7. Caso a Corte tenha decidido de acordo com o artigo 6.º(4) que a arbitragem não deve prosseguir com relação a qualquer das demandas, tal decisão não impedirá as partes de reintroduzirem as mesmas demandas em um momento posterior em outros procedimentos.

8. Se uma das partes se recusar ou se abster de participar da arbitragem, ou de qualquer das suas fases, a arbitragem deverá prosseguir, não obstante tal recusa ou abstenção.

9. Salvo estipulação em contrário, a pretensa nulidade ou alegada inexistência do contrato não implicará a incompetência do tribunal arbitral, caso este entenda que a convenção de arbitragem é válida. O tribunal arbitral continuará sendo competente para determinar os respectivos direitos das partes e para decidir as suas demandas e pleitos, mesmo em caso de inexistência ou nulidade do contrato.

PLURALIDADE DE PARTES, PLURALIDADE DE CONTRATOS E CONSOLIDAÇÃO

ARTIGO 7.º

Integração de partes adicionais

1. A parte que desejar integrar uma parte adicional à arbitragem deverá apresentar à Secretaria requerimento de arbitragem contra a parte adicional ("Requerimento de Integração"). A data na qual o Requerimento de Integração for recebido pela Secretaria deverá, para todos os fins, ser considerada como a data de início da arbitragem em relação à parte adicional. Qualquer integração estará sujeita ao disposto nos artigos 6.º(3)–6.º(7) e 9.º. Nenhuma parte adicional será integrada após a confirmação ou nomeação de qualquer árbitro, a menos que todas as partes, inclusive a parte adicional, estejam de acordo. A Secretaria poderá fixar prazo para a submissão do Requerimento de Integração.

2. O Requerimento de Integração deverá conter as seguintes informações:

- a) a referência da arbitragem existente;
- b) nome ou designação completo, qualificação, endereço e qualquer outro dado para contato de todas as partes, inclusive da parte adicional; e
- c) a informação especificada no artigo 4.º(3) subitens c), d), e) e f).

A parte que apresentar um Requerimento de Integração poderá submeter qualquer documento ou informação que considere apropriados ou que possa contribuir para a resolução do litígio de maneira eficiente.

3. O disposto nos artigos 4.º(4) e 4.º(5) se aplica, *mutatis mutandis*, ao Requerimento de Integração.

4. A parte adicional deverá apresentar uma Resposta de acordo, *mutatis mutandis*, com o disposto nos artigos 5.º(1)–5.º(4). A parte adicional poderá apresentar demandas contra qualquer outra parte de acordo com o disposto no artigo 8.º.

ARTIGO 8.º

Demandas entre partes múltiplas

1. Em uma arbitragem com multiplicidade de partes, qualquer parte poderá formular uma demanda contra qualquer outra parte, sujeita às disposições dos artigos 6.º(3)–6.º(7) e 9.º, sendo que nenhuma nova demanda poderá ser formulada depois da assinatura ou aprovação da Ata de Missão pela Corte, a menos que tenha autorização do tribunal arbitral, de acordo com o artigo 23(4).

2. Qualquer parte que desejar formular demanda de acordo com o artigo 8.º(1) deverá fornecer todas as informações previstas no artigo 4.º(3) subitens c), d), e) e f).

3. Antes da transmissão dos autos pela Secretaria ao tribunal arbitral, de acordo com o artigo 16, as seguintes disposições aplicar-se-ão, *mutatis mutandis*, a qualquer demanda introduzida: artigos 4.º(4) subitem a); artigo 4.º(5); artigo 5.º(1), exceto subitens a), b), e) e f); artigo 5.º(2); artigo 5.º(3) e artigo 5.º(4). A partir de então, caberá ao tribunal arbitral determinar o procedimento para a introdução de demandas.

ARTIGO 9.º

Múltiplos contratos

Sujeitas às disposições dos artigos 6.º(3)–6.º(7) e 23(4), demandas oriundas de ou relacionadas a mais de um contrato poderão ser formuladas em uma mesma arbitragem, independentemente de estarem fundadas em uma ou mais de uma convenção de arbitragem de acordo com o Regulamento.

ARTIGO 10.º

Consolidação de arbitragens

A Corte poderá, diante do requerimento de uma parte, consolidar duas ou mais arbitragens pendentes, submetidas ao Regulamento, em uma única arbitragem, quando:

- a) as partes tenham concordado com a consolidação; ou
- b) todas as demandas sejam formuladas com base na mesma convenção de arbitragem; ou
- c) caso as demandas sejam formuladas com base em mais de uma convenção de arbitragem, as arbitragens envolvam as mesmas partes, as disputas nas arbitragens sejam relacionadas à mesma relação jurídica, e a Corte entenda que as convenções de arbitragem são compatíveis.

Ao decidir sobre a consolidação, a Corte deverá levar em conta quaisquer circunstâncias que considerar relevantes, inclusive se um ou mais árbitros tenham sido confirmados ou nomeados em mais de uma das arbitragens e, neste caso, se foram confirmadas ou nomeadas as mesmas pessoas ou pessoas diferentes.

Quando arbitragens forem consolidadas, estas devem sê-lo na arbitragem que foi iniciada em primeiro lugar, salvo acordo das partes em sentido contrário.

TRIBUNAL ARBITRAL

ARTIGO 11.º

Disposições gerais

1. Todo árbitro deverá ser e permanecer imparcial e independente das partes envolvidas na arbitragem.

2. Antes da sua nomeação ou confirmação, a pessoa proposta como árbitro deverá assinar declaração de aceitação, disponibilidade, imparcialidade e independência. A pessoa proposta como árbitro deverá revelar por escrito à Secretaria quaisquer fatos ou circunstâncias cuja natureza possa levar ao questionamento da sua independência aos olhos das partes, assim como quaisquer circunstâncias que possam gerar dúvidas razoáveis

em relação à sua imparcialidade. A Secretaria deverá comunicar tal informação às partes por escrito e estabelecer um prazo para apresentarem os seus eventuais comentários.

3. O árbitro deverá revelar, imediatamente e por escrito, à Secretaria e às partes quaisquer fatos ou circunstâncias de natureza semelhante às aquelas previstas no artigo 11(2) relativas à sua imparcialidade ou independência que possam surgir durante a arbitragem.

4. As decisões da Corte em relação à nomeação, confirmação, impugnação ou substituição de um árbitro serão irrecorríveis e os respectivos fundamentos não serão comunicados.

5. Ao aceitarem os encargos, os árbitros comprometem-se a desempenhar suas funções de acordo com o Regulamento.

6. Salvo estipulação em contrário, o tribunal arbitral será constituído de acordo com as disposições dos artigos 12 e 13.

ARTIGO 12.º

Constituição do tribunal arbitral

1. Os litígios serão decididos por um árbitro único ou por três árbitros.

2. Quando as partes não concordarem quanto ao número de árbitros, a Corte nomeará um árbitro único, exceto quando considerar que o litígio justifica a nomeação de três árbitros. Neste caso, o requerente deverá designar um árbitro dentro de 15 dias do recebimento da notificação da decisão da Corte, e o requerido deverá designar outro árbitro dentro de 15 dias a contar do recebimento da notificação da designação feita pelo requerente. Se qualquer das partes deixar de designar um árbitro, este será nomeado pela Corte.

3. Quando as partes tiverem convencionado que o litígio deverá ser solucionado por árbitro único, estas poderão, em comum acordo, designá-lo para confirmação. Se não houver acordo para a sua designação dentro de 30 dias contados da data de recebimento do Requerimento pelo requerido, ou dentro de qualquer novo prazo concedido pela Secretaria, o árbitro único será nomeado pela Corte.

4. Quando as partes tiverem convencionado que o litígio deverá ser solucionado por três árbitros, as partes designarão no Requerimento e

na Resposta, respectivamente, um árbitro para confirmação. Se uma das partes deixar de designar o seu árbitro, este será nomeado pela Corte.

5. Quando o litígio tiver de ser solucionado por três árbitros, o terceiro árbitro, que atuará na qualidade de presidente do tribunal arbitral, será nomeado pela Corte, a menos que as partes tenham decidido por outro procedimento para a sua designação, caso em que esta ficará sujeita a confirmação nos termos do artigo 13. Caso tal procedimento não resulte em designação dentro de 30 dias da confirmação ou nomeação dos co-árbitros ou dentro de qualquer outro prazo acordado pelas partes ou fixado pela Corte, o terceiro árbitro deverá ser nomeado pela Corte.

6. Quando houver múltiplos requerentes ou múltiplos requeridos e o litígio for submetido a três árbitros, os múltiplos requerentes ou os múltiplos requeridos deverão designar conjuntamente um árbitro para confirmação nos termos do artigo 13.

7. Quando uma parte adicional tiver sido integrada e o litígio for submetido a três árbitros, a parte adicional poderá, conjuntamente com o(s) requerente(s) ou com o(s) requerido(s), designar um árbitro para confirmação nos termos do artigo 13.

8. Na falta de designação conjunta nos termos dos artigos 12(6) e 12(7) e não havendo acordo das partes a respeito do método de constituição do tribunal arbitral, a Corte poderá nomear todos os membros do tribunal arbitral, indicando um deles para atuar como presidente. Neste caso, a Corte terá liberdade para escolher qualquer pessoa que julgue competente para atuar como árbitro, aplicando o artigo 13, quando julgar apropriado.

ARTIGO 13.º

Nomeação e confirmação dos árbitros

1. Na nomeação ou confirmação dos árbitros, a Corte deverá considerar a sua nacionalidade, o local da sua residência e eventuais relações com os países de nacionalidade das partes ou dos árbitros, bem como a disponibilidade e a competência do possível árbitro para conduzir a arbitragem, nos termos do Regulamento. O mesmo procedimento será aplicado quando o Secretário Geral confirmar os árbitros segundo o artigo 13(2).

2. O Secretário Geral poderá confirmar, como co-árbitros, árbitros únicos e presidentes de tribunais arbitrais, as pessoas designadas pelas partes, ou de acordo com os procedimentos por elas convencionados, desde que a declaração apresentada não contenha nenhuma reserva relativa à imparcialidade ou independência, ou que a declaração de imparcialidade ou independência com reservas não tenha gerado objeções das partes. Tal confirmação deverá ser informada à Corte na sessão seguinte. Se o Secretário Geral considerar que um co-árbitro, árbitro único ou presidente do tribunal arbitral não deve ser confirmado, a questão será submetida à decisão da Corte.

3. Nos casos em que competir à Corte a nomeação do árbitro, tal nomeação deverá ser feita com base em proposta do Comitê Nacional ou Grupo da CCI que a Corte entenda apropriado. Se a Corte não aceitar tal proposta, ou se esse Comitê Nacional ou Grupo não apresentar a proposta dentro do prazo estabelecido pela Corte, esta poderá reiterar a sua solicitação, requerer uma proposta a outro Comitê Nacional ou Grupo que ela entenda apropriado, ou nomear diretamente qualquer pessoa que entenda apropriada.

4. A Corte também poderá nomear diretamente para atuar como árbitro qualquer pessoa que entenda apropriada quando:

- a) uma ou mais partes for um Estado ou alegar ser entidade estatal; ou
- b) a Corte considerar apropriado nomear árbitro de país ou território onde não exista nenhum Comitê Nacional ou Grupo; ou
- c) o Presidente certifique à Corte da existência de circunstâncias que, na sua opinião, tornem a nomeação direta necessária e apropriada.

5. O árbitro único, ou o presidente do tribunal arbitral, deverá ser de nacionalidade diferente das partes. Todavia, em circunstâncias adequadas e desde que nenhuma das partes faça objeção dentro do prazo fixado pela Corte, o árbitro único ou o presidente do tribunal arbitral poderá ser do país do qual uma das partes é nacional.

ARTIGO 14.º

Impugnação de árbitros

1. A impugnação de um árbitro por alegada falta de imparcialidade ou independência ou por quaisquer outros motivos deverá ser feita por meio

da apresentação de uma declaração por escrito à Secretaria, especificando os fatos e circunstâncias que lhe servem de fundamento.

2. A impugnação deve, sob pena de rejeição, ser apresentada por uma das partes dentro do prazo de trinta dias seguintes ao recebimento, pelo impugnante, da notificação de designação ou confirmação do árbitro, ou dentro de trinta dias a partir da data em que o impugnante tomou conhecimento dos fatos e circunstâncias em que se fundamenta a impugnação, no caso de esta data ser subsequente ao recebimento da referida notificação.

3. Compete à Corte pronunciar-se sobre a admissibilidade e, se necessário, sobre os fundamentos da impugnação, após a Secretaria ter dado a oportunidade, ao árbitro impugnado, à outra ou às outras partes e a quaisquer outros membros do tribunal arbitral de se manifestarem, por escrito, em prazo adequado.

Estas manifestações devem ser comunicadas às partes e aos árbitros.

ARTIGO 15.º

Substituição de árbitros

1. Um árbitro será substituído se vier a falecer, se a Corte aceitar a sua renúncia ou impugnação, ou se a Corte aceitar um pedido de todas as partes.

2. Um árbitro também poderá ser substituído por iniciativa da Corte, se esta constatar que o árbitro se encontra impedido *de jure* ou *de facto* de cumprir as suas atribuições como árbitro, ou quando não desempenhar as suas funções de acordo com o Regulamento, ou dentro dos prazos prescritos.

3. Quando, baseada em informações levadas ao seu conhecimento, a Corte pretender aplicar o disposto no artigo 15(2), pronunciar-se-á após o árbitro envolvido, as partes e quaisquer outros membros do tribunal arbitral terem tido a oportunidade de apresentar as suas observações por escrito e dentro de um prazo adequado. Essas observações deverão ser comunicadas às partes e aos árbitros.

4. No caso de substituição de um árbitro, a Corte decidirá, discricionariamente, se deve ou não seguir

o processo inicial de nomeação. Uma vez reconstituído, e após ter ouvido as partes, o tribunal arbitral deverá determinar se e em que medida o procedimento anterior será mantido.

5. Após o encerramento da instrução, em vez de substituir um árbitro que tenha falecido ou que tenha sido destituído pela Corte, nos termos dos artigos 15(1) ou 15(2), esta poderá decidir, quando considerar apropriado, que os árbitros restantes prossigam com a arbitragem. Ao tomar tal decisão, a Corte deverá levar em conta as observações dos árbitros remanescentes e das partes, bem como qualquer outro elemento que considerar pertinente nas circunstâncias.

O PROCEDIMENTO ARBITRAL

ARTIGO 16.º

Transmissão dos autos ao tribunal arbitral

A Secretaria transmitirá os autos ao tribunal arbitral tão logo este tenha sido constituído, e desde que o pagamento da provisão para os custos da arbitragem exigido pela Secretaria nesta fase do processo tenha sido efetuado.

ARTIGO 17.º

Comprovação de representação

Em qualquer momento após o início da arbitragem, o tribunal arbitral ou a Secretaria poderão requerer comprovação dos poderes de representação de qualquer representante das partes.

ARTIGO 18.º

Sede da arbitragem

1. A sede da arbitragem será fixada pela Corte, salvo se já convencionada entre as partes.

2. A menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes, o tribunal arbitral poderá, após tê-las consultado, realizar audiências e reuniões em qualquer outro local que considerar apropriado.

3. O tribunal arbitral poderá deliberar em qualquer local que julgue apropriado.

ARTIGO 19.º

Regras aplicáveis ao procedimento

O procedimento perante o tribunal arbitral será regido pelo Regulamento, e, no que for omissivo, pelas regras que as partes – ou, na falta destas, o tribunal arbitral – determinarem, referindo-se ou não a uma lei nacional processual aplicável à arbitragem.

ARTIGO 20.º

Idioma da arbitragem

Inexistindo acordo entre as partes, o tribunal arbitral determinará o idioma ou os idiomas do procedimento arbitral, levando em consideração todas as circunstâncias relevantes, inclusive o idioma do contrato.

ARTIGO 21.º

Regras de direito aplicáveis ao mérito

1. As partes terão liberdade para escolher as regras de direito a serem aplicadas pelo tribunal arbitral ao mérito da causa. Na ausência de acordo entre as partes, o tribunal arbitral aplicará as regras que julgar apropriadas.

2. O tribunal arbitral deverá levar em consideração os termos do contrato entre as partes, se houver, e quaisquer usos e costumes comerciais pertinentes.

3. O tribunal arbitral assumirá os poderes de *amiable compositeur* ou decidirá *ex aequo et bono* somente se as partes tiverem acordado em conferir-lhe tais poderes.

ARTIGO 22.º

Condução da arbitragem

1. O tribunal arbitral e as partes deverão envidar todos os esforços para conduzir a arbitragem de forma expedita e eficiente quanto aos custos, levando em consideração a complexidade do caso e o valor da disputa.

2. A fim de assegurar a condução eficiente do procedimento, o tribunal arbitral, depois de consultar as partes, poderá adotar as medidas procedimentais que considerar apropriadas, desde que não sejam contrárias a qualquer acordo das partes.

3. Mediante requerimento de qualquer parte, o tribunal arbitral poderá proferir ordens relativas à confidencialidade do procedimento arbitral ou de qualquer outro assunto relacionado à arbitragem e poderá adotar quaisquer medidas com a finalidade de proteger segredos comerciais e informações confidenciais.

4. Em todos os casos, o tribunal arbitral deverá atuar de forma equânime e imparcial, devendo sempre assegurar que cada parte tenha tido a oportunidade de apresentar as suas razões.

5. As partes se comprometem a cumprir qualquer ordem proferida pelo tribunal arbitral.

ARTIGO 23.º

Ata de Missão

Tão logo receba os autos da Secretaria, o tribunal arbitral elaborará, fundamentado em documentos ou na presença das partes e à luz das suas mais recentes alegações, documento que defina a sua missão. Este documento deverá conter os seguintes elementos:

- a) nome ou denominação completo, qualificação, endereço e qualquer outro dado para contato de cada parte e de cada pessoa que esteja representando uma parte na arbitragem;
- b) os endereços para os quais poderão ser enviadas as notificações e comunicações necessárias no curso da arbitragem;
- c) resumo das demandas das partes e dos seus pedidos, incluídos os valores de qualquer demanda que esteja quantificada e, se possível, uma estimativa do valor monetário das demais demandas;
- d) a menos que o tribunal arbitral considere inadequado, uma relação dos pontos controvertidos a serem resolvidos;
- e) os nomes completos, os endereços e qualquer outro dado para contato de cada árbitro;
- f) a sede da arbitragem; e
- g) as regras processuais aplicáveis e, se for o caso, a referência aos poderes conferidos ao tribunal arbitral para atuar como *amiable compositeur* ou para decidir *ex aequo et bono*.

2. A Ata de Missão deverá ser assinada pelas partes e pelo tribunal arbitral. Dentro de dois meses após os autos lhe terem sido transmitidos,

o tribunal arbitral deverá transmitir à Corte a Ata de Missão assinada pelos árbitros e pelas partes. A Corte poderá prorrogar este prazo a pedido fundamentado do tribunal arbitral, ou por sua própria iniciativa, se entender que tal medida é necessária.

3. Se uma das partes se recusar a participar na elaboração da Ata de Missão ou a assiná-la, o documento deverá ser submetido à Corte para aprovação. Uma vez que a Ata de Missão tenha sido assinada, nos termos do artigo 23(2), ou aprovada pela Corte, a arbitragem prosseguirá.

4. Após a assinatura da Ata de Missão ou a sua aprovação pela Corte, nenhuma das partes poderá formular novas demandas fora dos limites da Ata de Missão, a não ser que seja autorizada a fazê-lo pelo tribunal arbitral, o qual deverá considerar a natureza de tais demandas, o estado atual da arbitragem e quaisquer outras circunstâncias relevantes.

ARTIGO 24.º

Conferência sobre a condução do procedimento e cronograma do procedimento

Durante ou logo após a elaboração da Ata de Missão, o tribunal arbitral deverá convocar uma conferência sobre a condução do procedimento para consultar as partes sobre medidas procedimentais que poderão ser adotadas nos termos do artigo 22(2). Tais medidas poderão incluir uma ou mais técnicas para a condução do procedimento descritas no Apêndice IV.

2. Durante ou logo após tal conferência, o tribunal arbitral deverá estabelecer o cronograma do procedimento que pretenda seguir para a condução da arbitragem. O cronograma do procedimento e qualquer modificação feita posteriormente deverão ser comunicados à Corte e às partes.

3. A fim de assegurar a condução eficaz do procedimento de forma contínua, o tribunal arbitral, após consultar as partes, por meio de uma nova conferência sobre a condução do procedimento, ou outro meio, poderá adotar outras medidas procedimentais ou modificar o cronograma.

4. Conferências sobre a condução do procedimento poderão ser realizadas pessoalmente, por videoconferência, telefone, ou meios similares de comunicação. Na falta de acordo das partes, o tribunal arbitral deverá determinar de que forma a conferência será realizada. O tribunal arbitral poderá solicitar às partes que apresentem propostas sobre a condução do

procedimento antes da realização da conferência, e poderá solicitar, em qualquer delas, a presença das partes, pessoalmente, ou por meio de um representante interno.

ARTIGO 25.º

Instrução da causa

1. O tribunal arbitral deverá proceder à instrução da causa com a maior brevidade possível, recorrendo a todos os meios apropriados.

2. Após examinar todas as manifestações das partes e todos os documentos pertinentes, o tribunal arbitral deverá ouvir as partes em audiência presencial, se alguma delas o requerer. Na ausência de tal solicitação, poderá o tribunal arbitral decidir ouvir as partes por iniciativa própria.

3. O tribunal arbitral poderá ouvir testemunhas, peritos nomeados pelas partes ou qualquer outra pessoa, na presença das partes ou na sua ausência, desde que tenham sido devidamente convocadas.

4. Ouvidas as partes, o tribunal arbitral poderá nomear um ou mais peritos, definir-lhes as missões e receber os respectivos laudos periciais. A requerimento de qualquer das partes, poderão estas interrogar em audiência qualquer perito nomeado dessa forma.

5. A qualquer momento no decorrer do procedimento, o tribunal arbitral poderá determinar a qualquer das partes que forneça provas adicionais.

6. O tribunal arbitral poderá decidir o litígio apenas com base nos documentos fornecidos pelas partes, salvo quando uma delas solicitar a realização de audiência.

ARTIGO 26.º

Audiências

1. Quando uma audiência tiver de ser realizada, o tribunal arbitral deverá, com razoável antecedência, notificar as partes para comparecerem na data e no local que determinar.

2. Caso uma das partes, embora devidamente notificada, deixe de comparecer sem justificação válida, o tribunal arbitral poderá realizar a audiência.

3. O tribunal arbitral regulará a forma em que se desenvolverão as audiências, às quais todas as partes terão o direito de estar presentes. Salvo autorização do tribunal arbitral e das partes, não será permitida nas audiências a presença de pessoas estranhas ao procedimento.

4. As partes poderão comparecer pessoalmente ou por meio de representantes devidamente autorizados. Além disso, poderão ser assistidas por assessores.

ARTIGO 27.º

Encerramento da instrução e data para transmissão da minuta de sentença arbitral

Logo que possível após a última audiência relativa a questões a serem decididas por meio de sentença arbitral, ou após a apresentação da última manifestação relativa a tais questões, autorizada pelo tribunal arbitral, o que ocorrer por último, o tribunal arbitral deverá:

- a) declarar encerrada a instrução no que tange às questões a serem decididas na sentença arbitral; e
- b) informar a Secretaria e as partes da data na qual pretende apresentar a minuta de sentença arbitral à Corte para aprovação nos termos do artigo 33.

Uma vez encerrada a instrução, nenhuma outra manifestação ou alegação será admitida, nem prova será produzida, com relação às questões a serem decididas na sentença arbitral, salvo quando solicitadas ou autorizadas pelo tribunal arbitral.

ARTIGO 28.º

Medidas cautelares e provisórias

1. A menos que as partes tenham convencionado diferentemente, o tribunal arbitral poderá, tão logo esteja na posse dos autos, e a pedido de uma das partes, determinar a adoção de qualquer medida cautelar ou provisória que julgar apropriada. O tribunal arbitral poderá subordinar tal medida à apresentação de garantias pela parte solicitante. A medida que for adotada tomará a forma de ordem procedimental devidamente

fundamentada, ou se o tribunal arbitral entender adequado, a forma de uma sentença arbitral.

2. As partes poderão, antes da remessa dos autos ao tribunal arbitral e posteriormente, em circunstâncias apropriadas, requerer a qualquer autoridade judicial competente que ordene as medidas cautelares ou provisórias pertinentes. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um tribunal arbitral, não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerá a competência do tribunal arbitral a este título. Quaisquer pedidos ou medidas adotadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria, devendo esta informar o tribunal arbitral.

ARTIGO 29.º

Árbitro de emergência

1. A parte que necessitar de uma medida urgente cautelar ou provisória que não possa aguardar a constituição de um tribunal arbitral ("Medidas Urgentes") poderá requerer tais medidas nos termos das Regras sobre o Árbitro de Emergência dispostas no Apêndice V. Tal solicitação só será aceita se recebida pela Secretaria antes da transmissão dos autos ao tribunal arbitral nos termos do artigo 16 e independentemente do fato de a parte que requerer a medida já ter apresentado seu Requerimento de Arbitragem.

2. A decisão do árbitro de emergência tomará a forma de uma ordem. As partes se comprometem a cumprir qualquer ordem proferida pelo árbitro de emergência.

3. A ordem do árbitro de emergência não vinculará o tribunal arbitral no que tange a qualquer questão, tema ou controvérsia determinada em tal ordem. O tribunal arbitral poderá alterar, revogar ou anular uma ordem ou qualquer modificação a uma ordem proferida pelo árbitro de emergência.

4. O tribunal arbitral decidirá qualquer pedido ou demanda das partes relativo ao procedimento do árbitro de emergência, inclusive a realocação dos custos de tal procedimento e qualquer demanda relativa a ou em conexão com o cumprimento ou não da ordem.

5. Os artigos 29(1)-29(4) e as Regras sobre o Árbitro de Emergência previstas no Apêndice V (coletivamente as "Disposições sobre o Árbitro de Emergência") serão aplicáveis apenas às partes signatárias, ou seus sucessores, da convenção de arbitragem, que preveja a aplicação do Regulamento e invocada para o requerimento da medida.

6. As Disposições sobre o Árbitro de Emergência não são aplicáveis quando:

- a) a convenção de arbitragem que preveja a aplicação do Regulamento foi concluída antes da data de entrada em vigor do Regulamento;
- b) as partes tiverem convencionado excluir a aplicação das Disposições sobre o Árbitro de Emergência; ou
- c) as partes tiverem convencionado a aplicação de algum outro procedimento pré-arbitral o qual preveja a possibilidade de concessão de medidas cautelares, provisórias ou similares.

7. As Disposições sobre o Árbitro de Emergência não têm a finalidade de impedir que qualquer parte requeira medidas cautelares ou provisórias urgentes a qualquer autoridade judicial competente a qualquer momento antes de solicitar tais medidas e, em circunstâncias apropriadas, até mesmo depois de tal solicitação, nos termos do Regulamento. Qualquer requerimento de tais medidas a uma autoridade judicial competente não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem. Quaisquer pedidos e medidas adotadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria.

A SENTENÇA ARBITRAL

ARTIGO 30.º

Prazo para a prolação da sentença arbitral final

1. O prazo para o tribunal arbitral proferir a sentença arbitral final é de seis meses. Este prazo começará a contar a partir da data da última assinatura aposta pelo tribunal arbitral ou pelas partes na Ata de Missão ou, no caso previsto no artigo 23(3), a partir da data da notificação pela Secretaria ao tribunal arbitral da aprovação da Ata de Missão pela Corte.

A Corte poderá fixar um prazo diferente de acordo com o cronograma de procedimento estabelecido nos termos do artigo 24(2).

2. A Corte poderá prorrogar esse prazo, atendendo a um pedido justificado do tribunal arbitral ou por iniciativa própria, se julgar necessário fazê-lo.

ARTIGO 31.º

Prolação da sentença arbitral

1. Quando o tribunal arbitral for composto por mais de um árbitro, a sentença arbitral será proferida por decisão da maioria. Se não houver maioria, a sentença arbitral será proferida pelo presidente do tribunal arbitral sozinho.

2. A sentença arbitral deverá ser fundamentada.

3. A sentença arbitral será considerada como proferida na sede da arbitragem e na data nela referida.

ARTIGO 32.º

Sentença arbitral por acordo das partes

Se as partes chegarem a um acordo após o envio dos autos ao tribunal arbitral, nos termos do artigo 16 do presente Regulamento, este acordo deverá ser homologado na forma de uma sentença arbitral por acordo das partes, se assim a solicitarem as partes e com a concordância do tribunal arbitral.

ARTIGO 33.º

Exame prévio da sentença arbitral pela Corte

Antes de assinar qualquer sentença arbitral, o tribunal arbitral deverá apresentá-la sob a forma de minuta à Corte. A Corte poderá prescrever modificações quanto aos aspectos formais da sentença e, sem afetar a liberdade de decisão do tribunal arbitral, também poderá chamar a atenção para pontos relacionados com o mérito do litígio. Nenhuma sentença arbitral poderá ser proferida pelo tribunal arbitral antes de ter sido aprovada quanto à sua forma pela Corte.

ARTIGO 34.º

Notificação, depósito e caráter executório da sentença arbitral

1. Após a sentença arbitral ter sido proferida, a Secretaria notificará às partes o texto assinado pelo tribunal arbitral, desde que os custos da arbitragem tenham sido integralmente pagos à CCI pelas partes ou por uma delas.

2. Cópias adicionais autenticadas pelo Secretário Geral serão entregues exclusivamente às partes sempre que assim o solicitarem.

3. Por força da notificação feita em conformidade com o artigo 34(1), as partes renunciam a qualquer outra forma de notificação ou depósito por parte do tribunal arbitral.

4. Uma via original de cada sentença arbitral proferida nos termos do Regulamento deverá ser depositada na Secretaria da Corte.

5. O tribunal arbitral e a Secretaria deverão auxiliar as partes no cumprimento de quaisquer formalidades adicionais consideradas necessárias.

6. Toda sentença arbitral obriga as partes. Ao submeter o litígio à arbitragem segundo o Regulamento, as partes comprometem-se a cumprir a sentença arbitral sem demora e renunciam a todos os recursos a que podem validamente renunciar.

ARTIGO 35.º

**Correção e interpretação da sentença arbitral;
devolução de sentenças arbitrais**

1. Por iniciativa própria, o tribunal arbitral poderá corrigir qualquer erro material, de cálculo ou tipográfico, ou quaisquer erros similares encontrados na sentença arbitral, desde que tal correção seja submetida à aprovação da Corte dentro do prazo de 30 dias a partir da data da prolação da sentença.

2. Qualquer pedido de correção de um erro do tipo referido no artigo 35(1), ou quanto à interpretação de uma sentença arbitral, deverá ser feito à Secretaria dentro de 30 dias contados da notificação da sentença às partes, no número de cópias estipulado no artigo 3.º(1). Depois da apresentação do pedido ao tribunal arbitral, este deverá conceder à outra parte um prazo curto, não superior a 30 dias, a partir do recebimento do pedido feito pela parte adversa, para que sejam apresentadas as suas

observações. O tribunal arbitral deverá apresentar a minuta de sua decisão quanto ao pedido à Corte em até 30 dias após o término do prazo para o recebimento das observações da outra parte ou dentro de qualquer outro prazo fixado pela Corte.

3. A decisão de corrigir ou de interpretar a sentença arbitral deverá ser proferida sob a forma de um *addendum*, que constituirá parte integrante da sentença arbitral. As disposições dos artigos 31, 33 e 34 serão aplicadas *mutatis mutandis*.

4. Quando um órgão judicial devolver uma sentença arbitral ao tribunal arbitral, as disposições dos artigos 31, 33 e 34 e o presente artigo 35 serão aplicadas *mutatis mutandis* a qualquer *addendum* ou sentença arbitral proferida de acordo com os termos determinados pelo poder judiciário. A Corte poderá adotar qualquer medida que entenda necessária para permitir que o tribunal arbitral cumpra os termos da decisão judicial e poderá fixar uma provisão para cobrir quaisquer despesas e honorários adicionais do tribunal arbitral e qualquer despesa administrativa adicional da CCI.

OS CUSTOS

ARTIGO 36.º

Provisão para cobrir os custos da arbitragem

1. Após o recebimento do Requerimento, o Secretário Geral poderá solicitar ao requerente que faça um adiantamento da provisão para os custos da arbitragem em valor suficiente para cobri-los até

o estabelecimento da Ata de Missão. Qualquer adiantamento pago será considerado um pagamento parcial, pelo requerente, da provisão para os custos da arbitragem fixada pela Corte nos termos do artigo 36.

2. Logo que possível, a Corte estabelecerá o valor da provisão que seja suficiente para cobrir os honorários e despesas dos árbitros e as despesas administrativas da CCI relativos às demandas que lhe tenham sido submetidas pelas partes, salvo demandas submetidas nos termos do artigo 7.º ou 8.º, casos em que o artigo 36(4) será aplicado. A provisão para os custos de arbitragem fixada pela Corte nos termos do artigo 36(2) deverá ser paga pelo requerente e pelo requerido em parcelas iguais.

3. Quando uma reconvenção for apresentada pelo requerido nos termos do artigo 5.º ou de alguma outra forma, a Corte poderá fixar provisões separadas para a demanda principal e a reconvenção. Quando a Corte tiver fixado provisões separadas, cada parte deverá pagar a provisão correspondente às suas demandas.

4. Quando demandas forem apresentadas nos termos do artigo 7.º ou 8.º, a Corte poderá fixar uma ou mais provisões para os custos da arbitragem, as quais deverão ser pagas pelas partes na forma decidida pela Corte. Caso a Corte já tenha fixado qualquer provisão para os custos da arbitragem nos termos deste artigo 36, tal provisão será substituída pela(s) provisão(ões) fixadas segundo este artigo 36(4) e os valores já pagos por qualquer parte serão considerados pagamentos parciais da parcela da provisão devida por tal parte, nos termos fixados pela Corte segundo o artigo 36(4).

5. O montante de qualquer provisão para os custos da arbitragem fixada pela Corte nos termos do presente artigo 36 poderá ser reajustado a qualquer momento durante a arbitragem. Em todo caso, qualquer parte terá a faculdade de pagar a parcela da provisão correspondente àquela da outra parte, caso essa outra parte deixe de pagá-la.

6. Quando um pedido de pagamento de uma provisão não for cumprido, o Secretário Geral poderá, após consultar o tribunal arbitral, convidá-lo a suspender os seus trabalhos e fixar um prazo não inferior a 15 dias, após o qual se considerarão retiradas as demandas correspondentes à provisão em falta. Caso a parte em questão deseje contestar tal medida, deverá solicitar, no prazo mencionado anteriormente, que a questão seja decidida pela Corte. Essa retirada não prejudicará o direito da parte de reapresentar posteriormente as mesmas demandas em outros procedimentos.

7. Caso uma das partes solicite o direito à compensação de qualquer pedido, tal compensação deverá ser levada em consideração no cálculo da provisão para os custos da arbitragem da mesma forma que uma demanda distinta, quando possa acarretar o exame, pelo tribunal arbitral, de questões adicionais.

ARTIGO 37.º

Decisão quanto aos custos da arbitragem

1. Os custos da arbitragem incluem os honorários e despesas dos árbitros e as despesas administrativas da CCI fixados pela Corte em con-

formidade com a tabela em vigor na data da instauração da arbitragem, bem como os honorários e despesas de quaisquer peritos nomeados pelo tribunal arbitral, e as despesas razoáveis incorridas pelas partes para a sua representação na arbitragem.

2. A Corte poderá determinar os honorários do árbitro ou dos árbitros em valores superiores ou inferiores aos que poderiam resultar da aplicação da tabela em vigor, se assim entender necessário, em virtude das circunstâncias excepcionais do caso.

3. A qualquer momento no curso do procedimento, poderá o tribunal arbitral tomar decisões relativas aos custos, além daqueles fixados pela Corte, e ordenar seu pagamento.

4. A sentença arbitral final fixará os custos da arbitragem e decidirá qual das partes arcará com o seu pagamento, ou em que proporção serão repartidos entre as partes.

5. Ao tomar decisões relativas a custos, o tribunal arbitral deverá considerar quaisquer circunstâncias que entenda relevantes, inclusive em que medida cada parte conduziu a arbitragem de uma forma expedita e eficiente quanto aos custos.

6. Caso todas as demandas sejam retiradas ou a arbitragem seja extinta antes da prolação de uma sentença arbitral final, a Corte deverá fixar os honorários e despesas dos árbitros e os custos administrativos da CCI. Se as partes não chegarem a um acordo sobre a alocação dos custos da arbitragem ou qualquer outro aspecto relevante sobre tais custos, caberá ao tribunal arbitral decidir sobre tais questões. Se o tribunal arbitral ainda não tiver sido constituído no momento da retirada das demandas ou da extinção do procedimento, qualquer parte poderá solicitar à Corte que proceda à constituição do tribunal arbitral nos termos deste Regulamento para que o tribunal arbitral possa tomar quaisquer decisões relativas aos custos.

DISPOSIÇÕES DIVERSAS

ARTIGO 38.º

Modificação dos prazos

1. As partes poderão concordar em reduzir os diversos prazos estipulados no Regulamento. Qualquer acordo nesse sentido celebrado após

a constituição do tribunal arbitral somente entrará em vigor com a sua concordância.

2. A Corte poderá, por iniciativa própria, prorrogar qualquer prazo que tenha sido modificado em conformidade com o artigo 38(1), se entender que tal medida é necessária para que o tribunal arbitral ou a Corte possam cumprir as suas funções, nos termos do Regulamento.

ARTIGO 39.º

Renúncia ao direito de fazer objeção

A parte que prosseguir com a arbitragem sem fazer objeção ao não cumprimento das disposições contidas no Regulamento, de quaisquer outras regras aplicáveis ao procedimento, das determinações do tribunal arbitral, ou de qualquer outra estipulação contida na convenção de arbitragem quanto à constituição do tribunal arbitral ou à condução do procedimento, será considerada como tendo renunciado a essas objeções.

ARTIGO 40.º

Limitação de responsabilidade

Os árbitros, qualquer pessoa nomeada pelo tribunal arbitral, o árbitro de emergência, a Corte e os seus membros, a CCI e os seus funcionários e os Comitês Nacionais e Grupos da CCI e seus funcionários e representantes, não serão responsáveis perante qualquer pessoa por quaisquer atos ou omissões relacionados a uma arbitragem, salvo na medida em que tal limitação de responsabilidade seja proibida pela lei aplicável.

ARTIGO 41.º

Regra geral

Em todos os casos não expressamente previstos no Regulamento, a Corte e o tribunal arbitral deverão proceder em conformidade com o espírito do Regulamento, fazendo o possível para assegurar que a sentença arbitral seja executável perante a lei.

Pedro Metello de Nápoles

Advogado

O Novo Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional

1. Introdução

No passado dia 12 de Setembro teve lugar a apresentação oficial do novo Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

Trata-se do culminar de um processo de revisão que se havia iniciado em Outubro de 2008, ano em que foi constituída uma *task force* constituída por mais de 175 membros de 41 países diferentes e presidida por Peter Wolrich (Presidente) e por Michael Bühler e W. Laurence Craig (Vice-Presidentes).

Não se trata de um novo Regulamento, mas sim de uma revisão do Regulamento anterior, cuja última versão havia entrado em vigor em 1998.

Praticamente todos os artigos do Regulamento sofreram alterações, embora muitas delas sejam de pormenor ou terminológicas. Para além do Regulamento propriamente dito, foram elaborados dois novos Apêndices às regras, um sobre Técnicas de Condução de Procedimento e outro com as Regras do Árbitro de Emergência.

Não é o objectivo desta nota analisar em detalhe as alterações introduzidas, mas tão só de fazer um sumário daquilo que mudou. Assim, podem destacar-se três grupos fundamentais de alterações:

- Tendentes a melhorar soluções já consagradas nas regras;
- Prevendo novas soluções e mecanismos; e
- Consagrando como princípios fundamentais a seguir na condução de Procedimentos a eficiência e economia de meios.

2. Alterações tendentes a melhorar soluções já consagradas nas regras

No âmbito deste primeiro grupo de alterações, foi objecto de profunda revisão o artigo 6. Na versão de 1998, caso uma parte não respondesse ao Requerimento de Arbitragem ou suscitasse alguma questão relativa à jurisdição do Tribunal Arbitral, o Procedimento só prosseguiria para o Tribunal Arbitral se a Corte fosse convencida *prima facie* da existência de um compromisso arbitral válido. O mecanismo agora é invertido, estabelecendo-se que a competência para tal avaliação caberá ao Tribunal Arbitral, salvo se o Secretário-Geral entender que a corte se deva pronunciar previamente.

No capítulo sobre os árbitros foram também introduzidas modificações, estabelecendo-se, agora expressamente, para além do requisito da independência, o da imparcialidade (artigo 11). Já era entendimento que a imparcialidade era evidentemente essencial, mas foi entendido que tal deveria ser clarificado. Foram feitas algumas precisões no processo de escolha de árbitros em caso de múltiplas partes (artigo 12) e foi alargado o leque de casos em que a Corte pode proceder directamente à nomeação de árbitros, independentemente de recomendação dos Comitês Nacionais.

Em matéria de condução do procedimento, o (novo) artigo 17 prevê a possibilidade de a Secretaria poder exigir aos representantes das partes prova dos respectivos poderes, questão até agora não tratada nas Regras; o artigo 22(3)¹ reforça os poderes do Tribunal em termos de poder decretar a confidencialidade do Procedimento ou de elementos do mesmo. Finalmente, no artigo 27, sobre o encerramento da discussão, impõe-se ao Tribunal o dever de informar as Partes sobre o momento em que deverá ser proferida sentença arbitral.

No que se refere à sentença arbitral, apenas teve alteração significativa o artigo relativo aos pedidos de correcção e interpretação (artigo 35), estabelecendo-se a obrigação de o Tribunal se pronunciar sobre um pedido de correcção ou interpretação, depois de remetido pela Secretaria.² Também se passa a fazer referência expressa à possibilidade – contemplada em alguns ordenamentos jurídicos – de um tribunal judicial devolver

¹ Que engloba o antigo artigo 20(7).

² Face à versão anterior das Regras havia quem defendesse que não havendo alteração a fazer, o Tribunal nada tinha que decidir, pelo que não havia nenhum acto do Tribunal (ou da ICC) que pusesse formalmente termo a esse incidente.

ao Tribunal Arbitral, para correcção, uma sentença arbitral, definindo-se a tramitação de tal pedido. Passa ainda a prever-se a possibilidade de serem cobrados custos adicionais neste tipo de situações.

As disposições sobre custas (artigo 36) foram objecto de algumas alterações, prevendo-se em termos mais alargados a possibilidade de se estabelecerem adiantamentos separados por conta das custas da acção e da reconvenção.

Finalmente, a cláusula de exclusão de responsabilidade dos Árbitros e da Câmara de Comércio Internacional (artigo 40) foi ampliada por formas a abranger empregados e colaboradores da entidade e, também, revista, esclarecendo-se que a limitação de responsabilidade apenas é prevista até ao limite admissível pela lei aplicável ao caso.

3. Novas soluções e mecanismos

No que diz respeito a novas soluções e mecanismos (segundo grupo), a alteração mais substancial traduziu-se na introdução de um conjunto de disposições sobre Procedimentos envolvendo múltiplas partes e pedidos cruzados, múltiplos contratos e sobre consolidação de Procedimentos. Apenas este último aspecto era sumariamente tratado na versão anterior das regras,³ tendo agora merecido tratamento mais desenvolvido.

Relativamente aos outros aspectos, e não obstante haver exemplos de arbitragens envolvendo múltiplas partes na Câmara de Comércio Internacional, mais do que um contrato e com demandas cruzadas, as Regras eram omissas a esse respeito, o que era motivo de incerteza e consequentes problemas práticos.

Esclarecem-se agora os termos em que o pedido de integração de partes adicionais pode ser feito e o momento até ao qual o mesmo é admissível (artigo 7), da mesma forma que se admite expressamente a possibilidade de múltiplas partes deduzirem demandas cruzadas (artigo 8), que podem inclusivamente ter por base compromissos arbitrais diferentes (artigo 9).

³ No antigo artigo 4(6).

Relativamente à consolidação de Procedimentos (artigo 10), que vai para além da mera apensação, prevendo uma verdadeira fusão dos Procedimentos num só, estabelecem-se também os termos e o momento em que pode ser requerida.

Mas a grande inovação do novo Regulamento consiste na criação da figura do Árbitro de Emergência (artigo 29). Através deste mecanismo pretende-se assegurar às partes a possibilidade de obterem medidas cautelares antes da constituição do Tribunal.

O procedimento é regulado num Apêndice próprio (Apêndice V), e passa pela nomeação de um árbitro com o único fim de analisar e decidir o pedido de medidas cautelares. Esta possibilidade é prevista sem prejuízo da competência dos tribunais judiciais para decidirem medidas cautelares e apenas pode ser requerida até ao momento de transmissão do procedimento para o Tribunal Arbitral. O procedimento implica sempre a participação da parte contrária, continuando portanto a não ser possível um processo *ex parte*. As Ordens proferidas pelo Árbitro de Emergência são obrigatórias para as Partes e mantêm-se em vigor na pendência do processo.

Através da inclusão de um artigo específico sobre o Árbitro de Emergência no Regulamento, este mecanismo passa a ser de aplicação automática aos novos processos, estabelecendo as Regras que só se aplica a compromissos arbitrais celebrados após entrada em vigor desta versão do Regulamento.

Em todo o caso, e para o futuro, foi considerada a possibilidade de as Partes derogarem a aplicabilidade deste mecanismo, tendo a Câmara de Comércio Internacional elaborado para o efeito uma cláusula tipo alternativa, onde se exclui o processo do Árbitro de Emergência.

4. A eficiência e economia de meios na condução de Procedimentos

No âmbito do terceiro grupo, passa a haver no Regulamento várias referências directas à eficiência do Procedimento e à economia de meios, sendo criados deveres para as Partes e para o Tribunal com vista a esse fim. Trata-se de princípios que têm sido objecto de grande atenção por parte da doutrina e que já haviam sido consagrados nas Regras da IBA sobre Produção de Prova, que entraram em vigor em 2010.

No novo artigo 22 estabelece-se o dever geral das partes e do Tribunal de envidarem esforços no sentido de assegurar que o Procedimento é conduzido de forma expedita e económica, de acordo com a complexidade e o valor dos interesses em disputa. Por seu turno o artigo 24 impõe o dever de promoção de conferências entre o Tribunal e as Partes sobre a condução e gestão do Procedimento, com vista ao estabelecimento de um calendário processual, impondo-se que o Tribunal desempenhe um papel ainda mais activo na regulação da conduta das partes.

Em conexão com este ponto, foi aprovado um novo Apêndice sobre Técnicas de Condução de Procedimento (Apêndice IV) no qual, a título exemplificativo, se listam um conjunto de medidas e de técnicas comumente utilizadas em arbitragem e que poderão ser úteis para controlar o custo e o tempo despendido com processos.

Em consonância com estas alterações, prevê-se agora expressamente (artigo 37) a possibilidade de ao alocar a responsabilidade pelos custos do processo, o Tribunal levar em conta a forma como as partes contribuíram para a expedita e económica condução do procedimento.

Para além destes pontos, diversos artigos foram alterados no sentido de procurar dotar a Secretaria e o Tribunal de elementos que permitam uma mais eficiente gestão de recursos, como seja o caso dos artigos 4 e 5, onde se densificou o conteúdo do Requerimento de Arbitragem e da Resposta.

5. Conclusão

A Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional é provavelmente a instituição arbitral com mais sucesso a nível mundial. Em 2010 recebeu 793 Requerimentos de Arbitragem, que envolveram 2.145 partes de 140 países e territórios independentes. No âmbito desses processos foram nomeados árbitros de 73 nacionalidades e as arbitragens tiveram sede em 53 países diferentes.

A doutrina e a jurisprudência arbitral e judicial têm desempenhado um papel fundamental na evolução do Regulamento, sendo que as alterações agora introduzidas correspondem a problemáticas que há muitos anos eram discutidas.

Muitos poderão ficar desiludidos com a nova versão do Regulamento, por entenderem que se podia e deveria ter ido mais longe. Porém, muito do sucesso da Câmara de Comércio Internacional resulta do seu Regulamento o qual, não obstante a complexidade das disputas a que visa atender, continua a ser simples e curto (o novo Regulamento tem apenas 41 artigos).

Finalmente, e pela 1ª vez, o regulamento é publicado simultaneamente em várias línguas,⁴ entre as quais o Português, sendo a versão Portuguesa o resultado de um esforço conjugado de juristas Brasileiros e Portugueses no sentido de ter um texto único, comum aos dois países.

**COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS
PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL**

REGULAMENTO DE ARBITRAGEM DE 2010*

SECCÃO I

Disposições Introdutórias

ÂMBITO DE APLICAÇÃO**

ARTIGO 1.º

1. Se as partes tiverem acordado em que os litígios surgidos entre elas respeitantes a uma relação jurídica determinada, de natureza contratual ou extracontratual, serão submetidos a arbitragem nos termos do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI, tais litígios devem ser resolvidos de acordo com as regras desse Regulamento e com eventuais alterações às mesmas que as partes tenham acordado.

2. Presume-se que as partes de uma convenção de arbitragem, celebrada depois de 15 de Agosto de 2010, pretenderam submeter-se ao Regulamento em vigor na data do início da arbitragem, a menos que as partes tenham acordado em aplicar uma determinada versão do Regulamento. Tal presunção não se aplica quando a convenção de arbitragem haja sido celebrada através da aceitação, após 15 de Agosto de 2010, de uma proposta apresentada antes dessa data.

3. Este Regulamento rege a arbitragem, salvo se alguma das suas disposições estiver em oposição com um preceito da lei aplicável à

* Em vigor desde 15 de Agosto de 2010.

Tradução elaborada pelos alunos de Práticas Arbitrais do Mestrado Forense da Universidade Católica (Lisboa), coordenada pelo Docente Armindo Ribeiro Mendes

** No Anexo a este Regulamento encontra-se uma cláusula compromissória modelo para contratos.

⁴ Inglês, Francês, Português, Alemão e Espanhol.

arbitragem que as partes não possam derogar; caso em que prevalecerá o preceito legal.

NOTIFICAÇÕES E CÁLCULO DOS PRAZOS

ARTIGO 2.º

1. As notificações, incluindo avisos, comunicações ou propostas, podem ser transmitidas através de qualquer meio de comunicação que disponibilize ou permita o registo da sua transmissão.

2. Se uma parte tiver indicado um endereço especificamente para essa finalidade ou se o tribunal arbitral o autorizar, qualquer notificação será enviada a essa parte para tal endereço, e, ocorrendo o envio, considerar-se-á que o mesmo foi recebido. O envio por meio electrónico, nomeadamente, por telecópia ou correio electrónico, só pode ser feito para um endereço indicado ou autorizado.

3. Na falta de tal indicação ou autorização, considera-se que a notificação:

- a) Foi recebida se foi entregue fisicamente ao destinatário; ou
- b) Considera-se recebida se foi enviada para a sede da actividade comercial, para a residência habitual ou para o endereço postal do destinatário.

4. Se, após tentativas adequadas, a entrega não puder ser efectuada de acordo com o disposto nos nºs 2 ou 3, considera-se que a notificação foi recebida se tiver sido enviado para a última morada conhecida da sede da actividade comercial, da residência habitual ou do endereço postal do destinatário, através da carta registada ou de outro meio que disponibilize um registo de entrega ou da tentativa de entrega.

5. Considera-se que a notificação foi recebida na data em que foi remetida nos termos dos nºs 2, 3 ou 4 ou em que foi tentada a sua entrega de harmonia com o n.º 4. Considera-se que a notificação transmitida por meio electrónico foi recebido no dia do envio, salvo se se tratar de notificação para início de arbitragem, caso em que a notificação assim enviada só se tem por recebida no dia em que chegue ao endereço electrónico do destinatário.

6. Para efeitos de contagem dos prazos previstos neste Regulamento, qualquer prazo começa a correr no dia seguinte ao da recepção da notificação; se o último dia desse prazo cair num dia feriado ou num dia não útil no lugar da residência ou da sede da actividade comercial do destinatário, o prazo é prorrogado até ao primeiro dia útil subsequente. São incluídos na contagem de prazos os feriados oficiais ou os dias não úteis que ocorreram durante o decurso desse prazo.

NOTIFICAÇÃO DE ARBITRAGEM

ARTIGO 3.º

1. A parte ou partes que recorram à arbitragem (daqui em diante referida como "requerente(s)") comunicam à outra ou outras partes (daqui em diante referida como "requerido(s)") uma notificação para início de arbitragem.

2. Considera-se que o processo arbitral se inicia na data em que a notificação de arbitragem é recebida pelo requerido.

3. A notificação de arbitragem incluirá o seguinte:

- a) O pedido de que o litígio seja submetido a arbitragem;
 - b) Os nomes e contactos das partes;
 - c) A identificação da convenção de arbitragem que é invocada;
 - d) A identificação de qualquer contrato ou outro instrumento jurídico de onde provém o litígio ou em relação ao qual surge o litígio ou, na falta de tal contrato ou instrumento, uma breve descrição da relação jurídica relevante;
 - e) Breve descrição do pedido e, se for o caso, indicação da quantia exigida;
 - f) A providência ou forma de tutela visada;
 - g) A proposta quanto ao número dos árbitros, língua e lugar da arbitragem, se as partes não tiverem acordado antes sobre tais matérias.
4. A notificação de arbitragem pode também incluir:

- a) A proposta para a designação da autoridade de nomeação referida no n.º 1 do artigo 6.º;
- b) A proposta para designação de um árbitro único, referido no n.º 1 do artigo 8.º;

- c) A notificação da nomeação do árbitro, referida nos artigos 9.º ou 10.º.

5. A constituição do tribunal arbitral não será afectada por qualquer litígio respeitante ao cumprimento dos requisitos da notificação de arbitragem, o qual será resolvido de forma definitiva pelo tribunal arbitral.

RESPOSTA À NOTIFICAÇÃO DE ARBITRAGEM

ARTIGO 4.º

1. Nos 30 dias subsequentes à recepção da notificação de arbitragem, o requerido comunica ao requerente a resposta a tal notificação, que incluirá:

- a) O nome e contactos de cada requerido;
b) A resposta à informação constante da notificação de arbitragem, nos termos das alíneas c) a g) do n.º 3 do artigo 3.º;

2. A resposta à notificação de arbitragem pode incluir:

- a) A alegação de que o tribunal arbitral a ser constituído nos termos deste Regulamento é incompetente para decidir o litígio;
b) A proposta para designação da autoridade de nomeação prevista no artigo 6.º, n.º 1;
c) A proposta para designação do árbitro único, referida no artigo 8.º, n.º 1;
d) A notificação da nomeação do árbitro, referida nos artigos 9.º ou 10.º;
e) Uma descrição breve dos pedidos reconventionais ou dos pedidos invocados para exercer a compensação, se forem deduzidos, incluindo a indicação de quais as quantias exigidas, e também neste caso, a providência ou forma de tutela visada;
f) A notificação de arbitragem de harmonia com o artigo 3.º, no caso de o requerido formular uma pretensão contra uma parte da convenção de arbitragem diversa do requerente.

3. A constituição do tribunal arbitral não é afectada por qualquer litígio respeitante à omissão pelo requerido da comunicação da resposta à

notificação de arbitragem, ou à resposta tardia ou incompleta à notificação de arbitragem, o qual será resolvido definitivamente pelo tribunal arbitral.

REPRESENTAÇÃO E ASSISTÊNCIA

ARTIGO 5.º

As partes podem ser representadas ou assistidas por pessoas por si escolhidas. Os nomes e endereços dessas pessoas devem ser comunicados a todas partes e ao tribunal arbitral. Tal comunicação deve especificar se a nomeação é feita para fins de representação ou assistência. Se uma pessoa agir como representante de uma parte, o tribunal arbitral pode, por sua própria iniciativa ou a pedido de qualquer das partes, pedir prova, a todo o tempo, dos poderes conferidos ao representante pela forma que o tribunal arbitral determinar.

AUTORIDADES DE DESIGNAÇÃO E DE NOMEAÇÃO

ARTIGO 6.º

1. Salvo se as partes tiverem já acordado sobre a escolha da autoridade de nomeação, qualquer parte pode, a todo o tempo, propor o nome ou nomes de uma ou mais instituições ou pessoas, incluindo o Secretário-Geral do Tribunal Permanente de Arbitragem de Haia (daqui em diante indicado como "TPA"), para escolha daquela que agirá como autoridade de nomeação.

2. Se não tiver sido acordada por todas as partes a escolha da autoridade de nomeação nos 30 dias subsequentes à recepção da proposta apresentada nos termos do n.º 1 deste artigo, pode qualquer parte requerer ao Secretário-Geral do TPA a designação da autoridade de nomeação.

3. Quando o presente Regulamento preveja um período de tempo durante o qual uma parte deve submeter uma questão a uma autoridade de nomeação e não tiver havido acordo ou designação da autoridade de nomeação, o prazo fica suspenso entre o dia em que a parte iniciou o processo para celebração do acordo ou para a designação de uma autoridade de nomeação até ao dia em que se verificar tal acordo ou designação.

4. Salvo o caso previsto no n.º 4 do art. 41.º, se a autoridade de nomeação se recusar a agir, ou se deixar de nomear um árbitro no prazo de 30 dias subsequentes ao pedido da parte para o fazer, ou se deixar de agir em qualquer outro prazo previsto neste Regulamento, ou deixar de decidir sobre a impugnação de um árbitro num prazo razoável depois de receber o pedido de uma parte para o fazer, pode qualquer parte requerer ao Secretário-Geral do TPA que designe uma autoridade de nomeação substituta.

5. Ao exercerem as funções nos termos do presente Regulamento, a autoridade de nomeação e o Secretário-Geral do TPA podem pedir a qualquer parte ou aos árbitros as informações que considerem necessárias e concederão às partes, e quando apropriado, aos árbitros, a oportunidade de apresentar a respectiva posição, pelo modo que considerarem adequado. Tais comunicações para a autoridade de nomeação ou dela provenientes e para o Secretário-Geral do TPA ou dele provenientes serão disponibilizadas pelo respectivo remetente a todas as partes.

6. Quando for solicitado à autoridade de nomeação que nomeie um árbitro nos termos dos artigos 8.º, 9.º, 10.º ou 14.º, a parte que fizer o pedido enviará à autoridade da nomeação cópias da notificação de arbitragem e, se existir, da resposta à notificação de arbitragem.

7. A autoridade de nomeação atende às considerações feitas na medida em que possam garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial e toma em consideração a conveniência de nomear um árbitro de uma nacionalidade diversa das nacionalidades das partes.

SECÇÃO II

Composição do Tribunal Arbitral

NÚMERO DE ÁRBITROS

ARTIGO 7.º

1. Se as partes não tiverem acordado previamente quanto ao número de árbitros e se, no prazo de 30 dias após a recepção pelo requerido da notificação de arbitragem, as partes não tiverem acordado quanto à modalidade de um árbitro único, são nomeados três árbitros.

2. Não obstante o disposto no n.º 1, se nenhuma das outras partes tiver respondido à proposta de uma parte de nomeação de árbitro único no prazo previsto no n.º 1 e se a parte ou partes em causa não tiverem conseguido nomear um segundo árbitro em conformidade com o disposto nos artigos 9.º e 10.º, a autoridade de nomeação pode, a pedido de uma das partes, nomear um árbitro único nos termos do artigo 8.º, n.º 2, se considerar essa solução mais adequada, atendendo às circunstâncias do caso.

NOMEAÇÃO DE ÁRBITROS (ARTIGOS 8.º A 10.º)

ARTIGO 8.º

1. Se as partes tiverem acordado em que deve ser nomeado um árbitro único e se, no prazo de 30 dias após a recepção por todas as outras partes da proposta de nomeação de um árbitro único, estas não chegarem a acordo, o árbitro deve, a pedido de uma das partes, ser nomeado pela autoridade de nomeação.

2. A autoridade de nomeação deve realizar prontamente a nomeação do árbitro único. No processo de nomeação, a autoridade de nomeação deve utilizar procedimento de elaboração de lista a seguir indicado, salvo se as partes acordarem que esse procedimento não deve ser o seguido ou se a autoridade de nomeação decidir que o mesmo não é indicado para o caso:

- a) A autoridade de nomeação deve comunicar a cada uma das partes uma lista idêntica contendo pelo menos três nomes;
- b) Após a recepção da lista, as partes dispõem de 15 dias para a devolver à autoridade de nomeação, após terem eliminado o(s) nome(s) relativamente ao(s) qual(uais) se opõem e numerado os restantes nomes da lista por ordem de preferência;
- c) Decorrido o prazo referido na alínea anterior, a autoridade de nomeação deve nomear o árbitro único de entre os nomes aprovados nas listas devolvidas e segundo a ordem de preferência indicada pelas partes;

- d) Se, por alguma razão, a nomeação não puder ser feita de acordo com este procedimento, a autoridade de nomeação deve realizar essa nomeação à sua discricionariedade.

ARTIGO 9.º

1. Se houver lugar à nomeação de três árbitros, cada parte deve nomear um árbitro. Os dois árbitros nomeados pelas partes devem escolher o terceiro árbitro, que preside ao tribunal arbitral.

2. Se, no prazo de 30 dias a contar da recepção da notificação de nomeação de um árbitro por uma das partes, a outra não tiver notificado aquela da nomeação de árbitro, pode a parte que já procedeu à nomeação requerer à autoridade de nomeação que nomeie o segundo árbitro.

3. Se, no prazo de 30 dias após a nomeação do segundo árbitro, os dois árbitros não tiverem acordado sobre a escolha do árbitro presidente, este último é nomeado pela autoridade de nomeação do mesmo modo pelo qual que seria nomeado um árbitro único, nos termos do artigo 8.º.

ARTIGO 10.º

1. Para efeitos de aplicação do n.º 1 do artigo 9.º, se houver lugar à nomeação de três árbitros e existirem partes múltiplas como requerentes ou requeridos, as partes múltiplas nomeiam um árbitro conjuntamente, quer se trate de autores ou de réus, salvo se as partes tiverem acordado sobre outro método de nomeação de árbitros.

2. Se as partes tiverem acordado em que o tribunal arbitral deve ser composto por um número de árbitros diverso de um ou três, os árbitros são nomeados de harmonia com o método acordado pelas partes.

3. Se não tiver sido possível constituir o tribunal arbitral de harmonia com o presente Regulamento, a autoridade de nomeação determina, a requerimento de qualquer das partes, a constituição do tribunal arbitral e, ao fazê-lo, pode revogar qualquer nomeação já feita e nomear ou voltar a nomear cada um dos árbitros e designar um deles como árbitro presidente.

DECLARAÇÕES DOS ÁRBITROS E RECUSA DE ÁRBITRO
(ARTIGOS 11.º A 13)

ARTIGO 11.º

Quando uma pessoa for sondada com vista à sua possível nomeação como árbitro, deve revelar quaisquer circunstâncias que possam suscitar dúvidas fundadas quanto à sua imparcialidade ou independência. O árbitro deve prontamente revelar às partes e aos restantes árbitros, desde o momento da sua nomeação e durante o processo arbitral, tais circunstâncias, salvo se estes já tiverem sido previamente informados pelo próprio dessas circunstâncias.

ARTIGO 12.º

1. Qualquer árbitro pode ser recusado se existirem circunstâncias que dão origem a dúvidas fundadas relativamente à imparcialidade ou independência desse árbitro.

2. A parte só pode recusar o árbitro por si nomeado por motivos de que tenha tomado conhecimento após a nomeação.

3. No caso de um árbitro não agir como tal ou de estar impossibilitado, de direito ou de facto, de desempenhar as suas funções, é aplicável o procedimento de recusa de árbitro, de harmonia com o artigo 13.º.

ARTIGO 13.º

1. A parte que pretenda recusar um árbitro deve enviar um requerimento de impugnação da sua nomeação no prazo de 15 dias contados da notificação da sua nomeação, ou após o conhecimento por essa parte das circunstâncias mencionadas nos artigos 11.º e 12.º.

2. O requerimento de impugnação deve ser comunicado às outras partes, ao árbitro recusado e aos demais árbitros. O requerimento de impugnação deve conter os fundamentos da recusa.

3. Quando um árbitro for recusado por uma parte, podem todas as partes manifestar o seu acordo quanto à recusa. Após a recusa, o árbitro pode também renunciar às suas funções. Em qualquer dos casos, a renúncia não implica a aceitação da validade dos fundamentos de impugnação da sua nomeação.

4. Se, no prazo de 15 dias contados a partir do requerimento de impugnação, as partes não manifestarem o seu acordo quanto à recusa ou o árbitro recusado não renunciar, a parte que pretende obter a impugnação da nomeação pode optar pela prossecução do processo de impugnação. Nesse caso, no prazo de 30 dias contados a partir da data do requerimento de impugnação, a parte impugnante deve tentar obter uma decisão sobre a impugnação por parte da autoridade de nomeação.

SUBSTITUIÇÃO DE UM ÁRBITRO

ARTIGO 14.º

1. Sem prejuízo do disposto no número seguinte, na eventualidade de ser necessária a substituição de um árbitro no decurso de um processo arbitral, o árbitro substituído deve ser nomeado ou escolhido nos termos previstos nos artigos 8.º a 11.º para nomeação ou escolha do árbitro substituído. Deve aplicar-se este procedimento ainda que, durante o processo de nomeação do árbitro que vai ser substituído, uma das partes não tenha exercido o seu direito de nomear ou de participar na nomeação.

2. Se, a pedido de uma das partes, a autoridade de nomeação determinar que, tendo em conta as circunstâncias excepcionais do caso, se justifica que uma das partes seja privada de exercer o seu direito de nomear um árbitro substituído, a autoridade de nomeação pode, depois de dar oportunidade às partes e aos restantes árbitros de se pronunciarem; (a) nomear o árbitro substituído; ou (b) após a conclusão das audiências, autorizar os restantes árbitros a prosseguir com a arbitragem e a proferir quaisquer decisões ou sentença.

REPETIÇÃO DE AUDIÊNCIA EM CASO DE SUBSTITUIÇÃO DE ÁRBITRO

ARTIGO 15.º

Se um árbitro for substituído, os trâmites processuais devem ser retomados a partir do momento em que o árbitro substituído cessou o desempenho das suas funções, salvo decisão em contrário do tribunal arbitral.

EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE

ARTIGO 16.º

Excepto por actuação ilícita e dolosa, as partes renunciam, com a máxima amplitude permitida pela lei aplicável, a propor qualquer acção contra os árbitros, a autoridade de nomeação e qualquer pessoa nomeada pelo tribunal arbitral, por actos ou omissões relacionados com a arbitragem.

SECÇÃO III

Processo Arbitral

DISPOSIÇÕES GERAIS

ARTIGO 17.º

1. Sem prejuízo do disposto no presente Regulamento, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem da forma que considere adequada, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e que, na fase apropriada do processo, seja dada a cada parte a devida oportunidade para apresentar o seu caso. No exercício da sua discricionariedade, o tribunal arbitral deve conduzir o processo de forma a evitar atrasos e despesas desnecessárias e a garantir um processo justo e eficiente para a resolução do litígio das partes.

2. Assim que possível após a sua constituição e depois de convidar as partes a apresentar a sua posição, o tribunal arbitral deve estabelecer o calendário provisório da arbitragem. O tribunal arbitral pode, em qualquer altura, depois de convidar as partes a expressar a sua posição, ampliar ou reduzir o período de tempo estabelecido pelo disposto neste Regulamento ou acordado pelas partes.

3. Se alguma das partes assim o requerer, numa fase adequada do processo, o tribunal arbitral deve realizar audiências para produção de prova por testemunhas, incluindo testemunhas periciais, ou para apresentação de alegações orais. Se nenhuma das partes o requerer, o tribunal arbitral decide se deve realizar a audiência ou se o processo deve ser conduzido com base em documentos ou outros meios.

4. Todas as comunicações feitas por uma das partes ao tribunal arbitral devem ser transmitidas por essa parte a todas as outras partes no processo. Tais comunicações são feitas simultaneamente, salvo se o tribunal permitir solução diversa, desde que o possa fazer nos termos da lei aplicável.

5. O tribunal arbitral pode, a pedido de qualquer das partes, permitir que um ou mais terceiros seja chamado à arbitragem como parte, desde que seja parte da convenção de arbitragem, excepto se o tribunal considerar, depois de dar oportunidade a todas as partes, incluindo o chamado, de se pronunciarem, que a intervenção não deve ser permitida por causar prejuízo a qualquer dessas partes. O tribunal arbitral pode proferir uma única sentença, ou várias, relativamente a todas as partes envolvidas na arbitragem.

LUGAR DA ARBITRAGEM

ARTIGO 18.º

1. Se as partes não tiverem acordado previamente sobre o lugar da arbitragem, este deve ser determinado pelo tribunal arbitral, tendo em consideração as circunstâncias do litígio. A sentença arbitral deve considerar-se proferida no lugar da arbitragem.

2. O tribunal arbitral pode reunir em qualquer lugar que considere adequado para deliberar. Salvo acordo das partes em contrário, o tribunal arbitral pode igualmente reunir noutro lugar que considere adequado para qualquer outra finalidade, incluindo a realização de audiências.

LÍNGUA

ARTIGO 19.º

1. Sem prejuízo de acordo das partes, o tribunal arbitral, logo após a sua nomeação, determina a língua ou línguas a utilizar no processo. Esta decisão aplica-se ao articulado da requerente, ao articulado do requerido e a quaisquer outras peças escritas e, se houver audiência oral, à língua ou línguas utilizadas nessa audiência.

2. O tribunal arbitral pode ordenar que quaisquer documentos juntos ao articulado do requerente ou ao articulado do requerido, e documentos ou provas complementares entregues no decurso do processo, apresentados na língua de origem, sejam acompanhados de tradução na língua ou línguas acordadas pelas partes ou determinadas pelo tribunal arbitral.

PETIÇÃO INICIAL

ARTIGO 20.º

1. O requerente deve entregar a petição inicial por escrito ao requerido e a cada um dos árbitros dentro do prazo determinado pelo tribunal arbitral. O requerente pode optar por considerar a sua notificação de arbitragem, referida no artigo 3.º, como petição inicial, desde que cumpra os requisitos dos nºs 2 a 4 do presente artigo.

2. A petição inicial deve conter os seguintes elementos:

- a) Identificação das partes, indicando os seus nomes e contactos;
- b) Exposição dos factos que fundamentam o pedido;
- c) Questões suscitadas como objecto do litígio;
- d) Formulação da providência ou forma de tutela pedionada;
- e) Razões ou alegações jurídicas que constituem o fundamento do pedido.

3. Deve ser junta à petição inicial cópia do contrato ou do instrumento jurídico de que decorra o litígio ou que com ele se relacione, bem como cópia da convenção da arbitragem.

4. A petição inicial deve, na medida do possível, ser acompanhada por todos os documentos e outros elementos de prova invocados pelo requerente, ou conter referência àqueles.

CONTESTAÇÃO

ARTIGO 21.º

1. O requerido deve entregar a contestação, por escrito, ao requerente e a cada um dos árbitros dentro do prazo determinado pelo tribunal arbitral. O requerido pode optar pela inclusão da contestação na sua resposta

à notificação de arbitragem referida no artigo 4.º, desde que tal resposta observe os requisitos do n.º 2 do presente artigo.

2. A contestação deve responder à matéria da petição inicial previstas nas alíneas b) a e) do n.º 2 do artigo 20.º. A contestação deve, na medida do possível, ser acompanhada de todos os documentos e outros elementos de prova invocados pelo requerido, ou conter referências aos mesmos.

3. Na contestação, ou numa fase posterior do processo arbitral, caso o tribunal arbitral decida que o atraso foi justificado dadas as circunstâncias, o requerido pode apresentar um pedido reconvenicional ou invocar um pedido de compensação, desde que o tribunal arbitral tenha competência sobre a matéria destes.

4. As disposições dos n.ºs 2 a 4 do artigo 20.º aplicam-se ao pedido reconvenicional, ao pedido formulado contra uma parte da convenção de arbitragem que não seja o requerente, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea f) e ao pedido de compensação.

ALTERAÇÕES À PETIÇÃO OU CONTESTAÇÃO

ARTIGO 22.º

No decurso do processo arbitral, é permitido às partes alterar ou completar a petição ou a contestação, incluindo a reconvenção e o pedido de compensação, salvo se o tribunal considerar inadequado autorizar tal alteração ou aditamento, atendendo à demora resultante da respectiva apresentação, ao prejuízo causado a outras partes, ou a quaisquer outras circunstâncias. Todavia, não pode ser alterada ou completada a petição inicial ou a contestação, incluindo a reconvenção ou o pedido de compensação, se o pedido ou defesa alterado ou completado exceder a competência do tribunal arbitral.

EXCEPÇÕES RELATIVAS À COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL

ARTIGO 23.º

1. O tribunal arbitral tem competência para decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer excepção relativa à existência

ou à validade da convenção de arbitragem. Nessa medida, a cláusula compromissória que integre um contrato deve ser considerada como um acordo independente das restantes cláusulas desse contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não determina automaticamente a invalidade da cláusula compromissória.

2. A excepção de incompetência do tribunal arbitral só pode ser arguida até à apresentação da contestação ou, relativamente a um pedido reconvenicional ou pedido de compensação, até à apresentação da resposta da contraparte. O facto de uma parte ter nomeado um árbitro ou de ter participado na sua nomeação não a priva do direito de arguir esta excepção. A excepção baseada no excesso do âmbito da competência do tribunal arbitral será arguida logo que surja no decurso do processo arbitral a questão em relação à qual se considera ter o tribunal excedido os seus poderes. O tribunal arbitral pode, em qualquer dos casos, admitir uma arguição tardia da excepção, se considerar justificado o atraso.

3. O tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre as excepções referidas no n.º 2 quer numa decisão interlocutória, quer na sentença sobre o mérito. O tribunal arbitral pode continuar com o processo arbitral e proferir a sentença, sem prejuízo da pendência de impugnação da sua competência num tribunal judicial.

OUTROS ARTICULADOS

ARTIGO 24.º

O tribunal arbitral decide sobre outros articulados, para além da petição inicial e da contestação, que devem ser exigidos às partes ou que estas têm a possibilidade de apresentar e fixa os prazos para comunicação dessas peças.

PRAZOS

ARTIGO 25.º

Os prazos fixados pelo tribunal arbitral para a apresentação dos articulados (incluindo a petição inicial e a contestação) não devem ultrapassar 45 dias. O tribunal arbitral pode também prorrogar os prazos, se considerar que a prorrogação se justifica.

MEDIDAS CAUTELARES

ARTIGO 26.º

1. O tribunal arbitral pode, a pedido de uma das partes, decretar medidas cautelares.

2. A medida cautelar é uma medida temporária pelo qual, em qualquer momento anterior à prolação da sentença que decide definitivamente o litígio, o tribunal ordena a uma parte, a título exemplificativo e sem prejuízo de outras, que:

- a) Mantenha ou restaure a situação anteriormente existente, na pendência do litígio;
- b) Adote uma actuação que possa evitar, ou se abstenha de praticar actos que, com probabilidade, causem: i) um dano actual ou iminente ou (ii) um prejuízo ao próprio processo arbitral;
- c) Disponibilize um meio de conservar bens, sobre os quais possa ser executada uma ulterior sentença;
- d) Conserve meios de prova que possam ser relevantes e essenciais quanto à resolução do litígio;

3. A parte requerente de uma medida cautelar nos termos das alíneas a) a c) do n.º 2 deve convencer o tribunal arbitral de que:

- a) Se a medida não for ordenada, existe a probabilidade séria de produção de um dano insusceptível de ser adequadamente reparado por uma sentença de condenação em indemnização, e que tal dano excede manifestamente o dano que provavelmente resultará para a parte contra quem a medida é dirigida, se esta for decretada; e
- b) Existe uma possibilidade razoável de que a parte requerente venha a ter ganho de causa quanto ao mérito. A determinação desta possibilidade não afecta a liberdade de decisão do tribunal arbitral no futuro.

4. Em relação a um pedido de medida cautelar nos termos da alínea d) do n.º 2, os requisitos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 3 só são aplicáveis na medida em que o tribunal arbitral o considere adequado.

5. O tribunal arbitral pode modificar, suspender ou revogar uma providência cautelar que tenha decretado, mediante requerimento de

uma das partes ou, em circunstâncias excepcionais e após notificação às partes, por iniciativa do próprio tribunal arbitral.

6. O tribunal arbitral pode exigir à parte requerente da providência cautelar a prestação de uma garantia adequada relativamente à providência.

7. O tribunal arbitral pode exigir a qualquer parte que revele prontamente as alterações substanciais das circunstâncias com base nas quais a medida cautelar foi requerida ou concedida.

8. A parte requerente da providência cautelar pode ser responsabilizada por quaisquer custos e prejuízos causados pela medida, a qualquer parte, se o tribunal arbitral vier a decidir posteriormente que, nas circunstâncias então existentes, a medida não deveria ter sido concedida. O tribunal arbitral pode decidir acerca desses custos e prejuízos a todo o tempo durante o processo.

9. O requerimento para a concessão de providências cautelares apresentado por qualquer uma das partes a uma autoridade judicial não deve ser considerado incompatível com a convenção de arbitragem, nem como uma renúncia a essa mesma convenção.

PROVA

ARTIGO 27.º

1. Cada parte tem o ónus de provar os factos invocados para fundar o seu pedido ou a sua defesa.

2. Qualquer pessoa, ainda que seja parte da arbitragem ou que esteja relacionada de qualquer forma com uma parte, pode ser arrolada como testemunha ou testemunha pericial para depor perante o tribunal arbitral sobre qualquer questão de facto ou matéria objecto de perícia. Salvo se o tribunal arbitral decidir de forma diversa, os depoimentos das testemunhas, incluindo as testemunhas periciais, podem ser apresentados por escrito e assinados por elas.

3. A qualquer momento do processo arbitral, o tribunal arbitral pode solicitar às partes a apresentação de documentos, objectos, ou outras provas, no prazo por ele fixado.

4. O tribunal arbitral deve decidir sobre a admissibilidade, a pertinência, a relevância e o valor das provas oferecidas.

AUDIÊNCIAS

ARTIGO 28.º

1. Em caso de audiência oral, o tribunal arbitral notificará as partes, com suficiente antecedência, sobre o dia, hora e local da mesma.

2. As testemunhas, incluindo as testemunhas periciais, poderão ser ouvidas ou inquiridas nas condições e nos termos fixados pelo tribunal arbitral.

3. As audiências não são abertas ao público, salvo convenção das partes em contrário. O tribunal pode exigir a saída da sala de audiência de uma ou mais testemunhas, incluindo testemunhas periciais, durante o depoimento de outras testemunhas, salvo se estas forem parte da causa, situação em que, por regra, não são convidadas a sair.

4. O tribunal arbitral pode determinar que as testemunhas, incluindo as testemunhas periciais, sejam inquiridas através de meios de telecomunicação que não exijam a sua presença física na audiência.

PERITOS DESIGNADOS PELO TRIBUNAL ARBITRAL

ARTIGO 29.º

1. Depois de consultadas as partes, o tribunal arbitral pode designar um ou mais peritos independentes para que elaborem relatório escrito sobre questões específicas determinadas pelo próprio tribunal. Será entregue às partes uma cópia do acto que contém o encargo conferido pelo tribunal ao perito.

2. O perito deve, em princípio antes de aceitar a nomeação, facultar ao tribunal arbitral e às partes uma descrição das suas qualificações e uma declaração de imparcialidade e independência. Dentro do prazo estabelecido pelo tribunal, as partes informam este último se têm quaisquer objecções em relação às qualificações do perito, à sua imparcialidade ou independência. Ao tribunal arbitral cabe decidir de imediato se aceita alguma das objecções feitas. Depois do perito estar nomeado, as partes só podem deduzir objecções às qualificações do perito, à sua imparcialidade ou independência, se estas se basearem em razões conhecidas da respectiva parte após ter sido feita a nomeação. Ao tribunal arbitral cabe decidir de imediato se deve actuar e, no caso afirmativo, de que modo.

3. As partes devem facultar ao perito qualquer informação relevante ou apresentar quaisquer documentos ou objectos relevantes para inspecção que este lhes tenha solicitado. Qualquer divergência entre uma parte e o perito relativamente à relevância da informação ou apresentação de documentos ou objectos é submetida a decisão do tribunal arbitral.

4. Ao receber o relatório do perito, o tribunal arbitral deve facultar às partes uma cópia do mesmo, concedendo-lhes a oportunidade de se pronunciarem, por escrito, sobre o referido relatório. As partes é concedido o direito de examinar quaisquer documentos sobre os quais o perito baseou o seu relatório.

5. A requerimento de qualquer das partes, o perito, após entrega do relatório, pode ser ouvido em audiência, em que as partes têm a oportunidade de estar presentes e de interrogar o perito. Nesta audiência, qualquer das partes pode apresentar testemunhas periciais para testemunhar sobre os pontos em discussão. O disposto no artigo 28.º aplica-se a este procedimento.

REVELIA

ARTIGO 30.º

1. Se durante o prazo fixado pelo presente Regulamento ou pelo Tribunal Arbitral, sem apresentar justificação:

- a) O requerente não tiver apresentado a petição inicial, o tribunal arbitral deve proferir decisão a pôr termo ao processo arbitral, salvo se existirem ainda outras matérias que possa ser necessário decidir e o tribunal arbitral considere adequado fazê-lo;
- b) O requerido não tiver apresentado resposta à notificação da arbitragem ou a sua contestação, o tribunal arbitral deve determinar o prosseguimento do processo, sem considerar tal omissão em si mesma como aceitação por parte do requerido das alegações do requerente; o estatuído na presente alínea é igualmente aplicável ao requerente que não apresente contestação ao pedido reconvenicional ou a um pedido de compensação.

2. Se a parte, devidamente notificada nos termos do presente Regulamento, não comparecer na audiência, nem apresentar causa justificativa de tal ausência, o tribunal arbitral pode prosseguir com a arbitragem.

3. Se a parte, devidamente convidada pelo tribunal arbitral a apresentar documentos, objectos ou outras provas, não o fizer dentro do prazo estabelecido, sem apresentar causa justificativa para o efeito, o tribunal arbitral pode proferir a sentença com base na prova de que dispõe.

ENCERRAMENTO DA AUDIÊNCIA

ARTIGO 31.º

1. O tribunal arbitral pode perguntar às partes se têm outras provas a apresentar ou testemunhas para serem ouvidas ou requerimentos que queiram entregar, e se nada for apresentado ou requerido, pode declarar encerrada a audiência.

2. O tribunal arbitral pode, caso o considere necessário devido a circunstâncias excepcionais, decidir, por iniciativa própria ou a requerimento de uma parte, a reabertura da audiência a todo o tempo, antes de proferir a sentença.

RENÚNCIA AO DIREITO DE IMPUGNAR

ARTIGO 32.º

Considera-se que a omissão de impugnação imediata por qualquer parte relativamente a qualquer inobservância do disposto neste Regulamento ou a qualquer exigência da convenção da arbitragem constitui renúncia ao direito dessa parte de apresentar tal impugnação, salvo se essa parte puder demonstrar que, nas circunstâncias, a omissão de impugnação era justificada.

SECÇÃO IV

Sentença Arbitral

DECISÕES

ARTIGO 33.º

1. Quando exista mais de um árbitro, a sentença ou qualquer outra decisão do tribunal arbitral deverá ser proferida pela maioria dos seus membros.

2. No caso de questões processuais, quando não exista maioria ou se o tribunal arbitral assim o autorizar, o árbitro presidente pode proferir sozinho a decisão, ficando esta sujeita a reforma pelo tribunal arbitral, se admissível.

FORMA E EFEITOS DA SENTENÇA

ARTIGO 34.º

1. O tribunal arbitral pode proferir sentenças separadas sobre diferentes questões, em diversos momentos de tempo.

2. As sentenças devem ser escritas e são definitivas e vinculativas para as partes. As partes devem cumpri-las sem demora.

3. O tribunal arbitral deve indicar os fundamentos da sentença, salvo se as partes tiverem acordado que não serão indicadas tais fundamentos.

4. A sentença deve ser assinada pelos árbitros e deve referir a data em que a mesma foi proferida e indicar o lugar de arbitragem. Em caso de pluralidade de árbitros e se faltar a assinatura de algum deles, a sentença deve mencionar o motivo da falta da assinatura.

5. Pode ser dada publicidade à sentença com consentimento de todas as partes. Essa publicidade pode também ocorrer quando a divulgação da sentença, no todo ou em parte, for exigida a uma parte por dever legal, para proteger ou realizar um direito ou relativamente a um processo judicial ou de outra natureza que corra perante um tribunal ou outra autoridade competente.

6. As cópias da sentença, assinadas pelos árbitros, devem ser notificadas às partes pelo tribunal arbitral.

LEI APLICÁVEL, COMPOSIÇÃO AMIGÁVEL

ARTIGO 35.º

1. O tribunal arbitral aplica as regras jurídicas que as partes escolheram como aplicáveis ao mérito do litúgio. Não havendo tal escolha pelas partes, o tribunal arbitral aplica a lei que considera apropriada.

2. O tribunal arbitral apenas decide através de composição amigável [como *amiable compositeur*] ou *ex aequo et bono* se as partes o tiverem autorizado expressamente a fazê-lo.

3. Em qualquer caso, o tribunal arbitral decide de harmonia com os termos do contrato, se este existir, e toma em consideração os usos de comércio aplicáveis ao negócio.

TRANSACÇÃO OU OUTROS FUNDAMENTOS DE EXTINÇÃO DO PROCESSO

ARTIGO 36.º

1. Se, antes de proferida a sentença, as partes celebrarem uma transacção quanto ao objecto do litígio, o tribunal arbitral ou profere despacho a pôr termo à instância arbitral ou, se tal for requerido pelas partes e aceite pelo tribunal arbitral, profere sentença homologatória da transacção que fica registada no processo.

2. Se, antes de proferida a sentença, a continuação da instância arbitral se tornar inútil ou impossível por outro fundamento não mencionado no n.º 1, o tribunal arbitral informa as partes da intenção de proferir decisão de extinção da instância. O tribunal arbitral tem competência para proferir tal decisão, salvo se houver outras questões que careçam de ser decididas e o tribunal arbitral considere adequado fazê-lo.

3. O Tribunal notifica as partes de cópias da decisão de extinção da instância arbitral ou da sentença homologatória da transacção, assinadas pelos árbitros. Quando for proferida sentença homologatória da transacção, aplicam-se as disposições dos n.ºs 2, 4 e 5 do artigo 36.º.

INTERPRETAÇÃO DA SENTENÇA

ARTIGO 37.º

1. Nos 30 dias subsequentes à recepção da sentença arbitral, pode qualquer das partes requerer ao tribunal arbitral, mediante notificação às outras partes, que este profira uma sentença interpretativa da sua anterior sentença.

2. A sentença interpretativa será proferida por escrito no prazo de 45 dias contados da recepção do requerimento. A interpretação integra-se na sentença anterior, aplicando-se o disposto nos n.ºs 2 a 6 do artigo 34.º.

RECTIFICAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL

ARTIGO 38.º

1. Nos 30 subsequentes à recepção da sentença, qualquer das partes pode, mediante notificação às outras partes, requerer ao tribunal arbitral que rectifique a sentença relativamente a qualquer erro de cálculo, erro da secretaria ou tipográfico, ou qualquer erro ou omissão de natureza idêntica. Se o tribunal arbitral considerar que o pedido é justificado, deve proceder à rectificação no prazo de 45 dias contados da recepção do requerimento.

2. O tribunal arbitral pode, 30 dias subsequentes à notificação da sentença, proceder às rectificações enunciadas no número anterior, por sua própria iniciativa.

3. Qualquer rectificação deve ser feita por escrito e deve integrar a sentença. Aplicam-se as disposições dos n.ºs 2 a 6 do artigo 34.º.

SENTENÇA ADICIONAL

ARTIGO 39.º

1. Uma parte pode pedir, no prazo de 30 dias contados da recepção da decisão de extinção da instância ou da sentença, mediante notificação às outras partes, que o tribunal arbitral profira uma sentença ou uma sentença adicional referente às pretensões apresentadas no processo arbitral, mas que não foram decididas pelo tribunal arbitral.

2. Se o tribunal arbitral considerar que o pedido de uma sentença ou de uma sentença adicional é justificado, profere ou completa a sentença no prazo de 60 dias a contar do pedido. O tribunal arbitral pode prorrogar, se necessário, o prazo para proferir a sentença.

3. Quando for proferida sentença ou sentença adicional, aplicam-se as disposições dos n.ºs 2 a 6 do artigo 34.º.

DEFINIÇÃO DE ENCARGOS

ARTIGO 40.º

1. O tribunal arbitral fixa os encargos da arbitragem na sentença final e, se o considerar adequado, noutra decisão.

2. O termo «encargos» inclui apenas:

- a) Os honorários do tribunal arbitral, indicados separadamente para cada árbitro e fixados pelo próprio tribunal, de harmonia com o artigo 41.º;
- b) As despesas consideradas razoáveis, de deslocação ou de outra natureza, suportadas pelos árbitros;
- c) Os custos considerados razoáveis referentes a pareceres de peritos ou a outras formas de assistência, solicitados pelo tribunal;
- d) As despesas de deslocação ou outras despesas das testemunhas consideradas razoáveis, na medida em que sejam aprovadas pelo tribunal arbitral;
- e) Os custos de natureza jurídica e outros suportados pelas partes referentes à arbitragem na medida em que o tribunal arbitral decidir que o montante de tais custos é razoável;
- f) Quaisquer honorários e despesas da autoridade de nomeação, bem como os honorários e despesas do Secretário-Geral do TPA.

3. O tribunal arbitral pode fixar os encargos previstos nas alíneas b) e f) do n.º 2 relativamente à interpretação, rectificação ou integração da sentença arbitral, estando-lhe vedada a fixação de honorários suplementares.

HONORÁRIOS E DESPESAS DOS ÁRBITROS

ARTIGO 41.º

1. Os honorários e despesas dos árbitros devem ser razoáveis quanto ao montante, atendendo aos valores em litígio, à complexidade da matéria, ao tempo gasto pelo árbitros e a todas as outras circunstâncias relevantes do caso.

2. Se existir uma autoridade de nomeação e se esta aplicar ou tiver informado que vai aplicar uma tabela ou um método especial de determinação dos honorários dos árbitros em litígios internacionais, o tribunal arbitral, ao fixar os seus honorários, atenderá à tabela ou método, na medida em que o considerar adequado às circunstâncias do caso.

3. O tribunal informa as partes, logo após a sua constituição, sobre o modo como se propõe determinar os seus honorários e despesas, incluindo quaisquer tabelas que tencione aplicar. No prazo de 15 dias após

a recepção dessa proposta, qualquer parte pode submeter a proposta à apreciação da autoridade de nomeação. Se, no prazo de 45 dias após a recepção do pedido de apreciação, a autoridade de nomeação considerar que a proposta do tribunal arbitral é incompatível com o disposto no n.º 1, procederá às alterações da mesma tidas por necessárias, sendo esta decisão vinculativa para o tribunal arbitral.

4. a) Quando o tribunal arbitral informar as partes dos honorários e despesas dos árbitros que tenham sido fixados de harmonia com as alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 40.º, deve explicar o modo como as quantias correspondentes foram calculadas.
- b) No prazo de 15 dias a contar da recepção da decisão do tribunal arbitral sobre honorários e despesas, qualquer das partes pode submeter tal decisão à autoridade de nomeação para apreciação. Se não tiver havido acordo sobre a autoridade de nomeação ou se esta não tiver sido designada, ou se a autoridade de nomeação se abster de decidir no prazo fixado neste Regulamento, a apreciação será feita pelo Secretário-Geral do TPA.
- c) Se a autoridade de nomeação ou o Secretário-Geral do TPI entender que a decisão do tribunal arbitral é incompatível com a proposta deste último (ou com qualquer alteração desta) nos termos do n.º 3 ou é, por outra razão, manifestamente excessiva, fará, no prazo de 45 dias a contar da recepção do pedido de apreciação, as alterações à decisão do tribunal que sejam necessárias para satisfazer os critérios do n.º 1. Essas alterações são vinculativas para o tribunal arbitral.
- d) Tais alterações são incluídas na sentença final pelo tribunal arbitral ou, se a sentença já tiver sido proferida, numa rectificação à sentença, de harmonia com o processo previsto no n.º 3 do artigo 38.º.

5. No decurso do processo previsto nos n.ºs 3 e 4, o tribunal arbitral prossegue com a arbitragem, de harmonia com o n.º 1 do artigo 17.º.

6. O pedido formulado no n.º 4 não afecta qualquer decisão na sentença final, com a excepção da referente aos honorários do tribunal e às despesas; o mesmo pedido não obsta ao reconhecimento e à execução das outras partes da sentença, excepto as respeitantes à decisão sobre os honorários do tribunal arbitral e as despesas.

IMPUTAÇÃO DE ENCARGOS

ARTIGO 42.º

1. Os encargos da arbitragem devem, em princípio, ser suportados pela parte ou partes que decaíram na acção. Todavia, o tribunal arbitral pode repartir cada um desses encargos entre as partes, se decidir que tal repartição é razoável, atendendo às circunstâncias do litígio.

2. O tribunal arbitral deve decidir, na sentença final ou, se o entender, em qualquer outra decisão, quanto a qualquer montante que uma parte deva pagar à outra como resultado da decisão de imputação dos encargos.

PROVISÃO DE ENCARGOS

ARTIGO 43.º

1. O tribunal arbitral, quando estiver constituído, pode pedir às partes que depositem um montante igual, a título de adiantamento por conta dos encargos referidos no artigo 40.º, n.º 2, alíneas a) e c).

2. Durante o decurso do processo arbitral, o tribunal arbitral pode pedir às partes provisões complementares.

3. Se tiver sido acordada ou designada uma autoridade de nomeação, e quando a parte solicitar e a autoridade de nomeação aceitar desempenhar a função, o tribunal arbitral só fixa os montantes de quaisquer provisões ou provisões complementares depois de consultar a autoridade de nomeação, a qual pode transmitir os comentários ao tribunal arbitral que repute adequados em relação ao montante provisões ou provisões complementares.

4. Se as provisões pedidas não forem pagas por inteiro no prazo de 30 dias contados da recepção do pedido, o tribunal arbitral comunica o facto às partes para que uma ou mais delas possam fazer o pagamento. Se não for feito tal pagamento, o tribunal arbitral pode ordenar a suspensão ou extinção do processo arbitral.

5. Depois de ter sido proferida a decisão de extinção ou a sentença final, o tribunal arbitral apresenta uma conta às partes relativamente às provisões recebidas e devolve às partes o saldo não gasto.

ANEXO

Cláusula compromissória-modelo para contratos

Qualquer litígio, controvérsia ou pretensão com origem neste contrato ou a ele respeitante, ou a violação, cessação ou invalidade dele, será resolvido por arbitragem de harmonia com o Regulamento de Arbitragem

Nota: As Partes devem considerar aditar à cláusula o seguinte:

- a) A autoridade de nomeação será..... [nome da instituição ou de pessoa];
- b) O número de árbitros será [um ou três];
- c) O lugar da arbitragem será [cidade e país];
- d) A língua a utilizar no processo arbitral será

POSSÍVEL DECLARAÇÃO DE RENÚNCIA

Nota: Se as partes desejarem excluir a impugnação da decisão arbitral que possa estar prevista no direito aplicável, podem considerar aditar uma estipulação para esse efeito, como abaixo sugerido, devendo considerar, porém, que a efectividade e as condições de tal exclusão dependem do direito aplicável.

RENÚNCIA

As partes renunciam por este meio ao seu direito de interpor qualquer forma de impugnação da sentença junto de qualquer tribunal estadual ou outra autoridade competente, na medida em que tal renúncia possa ser validamente feita nos termos do direito aplicável.

**DECLARAÇÕES-MODELO DE INDEPENDÊNCIA,
NOS TERMOS DO ARTIGO 11.º DO REGULAMENTO**

Ausência de circunstâncias a revelar

Sou imparcial e independente em relação às partes e tenciono manter essa postura. Tanto quanto é do meu conhecimento, não há circunstâncias, passadas ou presentes, susceptíveis de dar origem a dúvidas justificadas quanto à minha imparcialidade ou independência. Notificarei prontamente as partes e os outros árbitros sobre as circunstâncias que possam posteriormente chegar ao meu conhecimento durante esta arbitragem.

CIRCUNSTÂNCIA A REVELAR

Sou imparcial e independente em relação às partes e tenciono manter essa postura. Fica anexa uma declaração feita nos termos do artigo 11.º do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI respeitante: a) às minhas relações, passadas ou presentes, de natureza profissional ou de negócios com as partes; e b) a quaisquer outras circunstâncias relevantes [incluir a declaração]. Confirmando que tais circunstâncias não afectam a minha independência e imparcialidade. Darei conhecimento prontamente, e através de notificação às partes e aos outros árbitros de quaisquer outras relações ou circunstâncias que possam chegar posteriormente ao meu conhecimento durante esta arbitragem.

Nota: *Qualquer parte pode considerar pedir ao árbitro o seguinte aditamento à declaração de independência:*

Confirmando, com base na informação presentemente disponível, que posso dedicar o tempo necessário à condução desta arbitragem, de forma diligente, eficiente e de harmonia com os prazos do Regulamento.

Armindo Ribeiro Mendes

Advogado

Antigo Juiz do Tribunal Constitucional

**Nota sobre a Revisão do Regulamento
de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas
para o Direito Comercial Internacional em 2010**

1. Em 1966 foi constituída no seio da ONU uma comissão especializada para uniformizar o direito do comércio internacional, a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI ou, no acrónimo inglês mais conhecido, UNCITRAL).

Primitivamente composta por representantes de 36 Estados Membros da ONU, conta hoje 60 estados, representativos das diferentes regiões do Mundo.

2. Uma das primeiras tarefas da CNUDCI foi a de procurar elaborar uma regulamentação destinada a ser adoptada por árbitros e partes nas arbitragens internacionais «ad hoc» e que deveria conter opções pró-arbitragem.

Na verdade, depois do hiato da Segunda Guerra Mundial, a ONU procurou substituir o Protocolo de Genebra Relativo às Cláusulas Arbitrais (de 1923) e a Convenção de Genebra Relativa à Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (de 1927) por uma nova convenção internacional, a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Esta última Convenção – de que são hoje parte mais de 135 Estados – consagrou melhoramentos sensíveis em relação aos textos anteriores, nomeadamente “a mudança do ónus de prova da validade ou invalidade da sentença arbitral da parte que pretende a execução para a parte que se opõe à execução, o reconhecimento da autonomia substancial das partes relativamente à escolha dos procedimentos arbitrais, da lei processual que rege a arbitragem e da lei aplicável à convenção de arbitragem [...], bem como a

*abolição da anterior exigência do «duplo exequatur» (que impunha que as sentenças arbitrais fossem confirmadas na sede de arbitragem antes de serem reconhecidas no estrangeiro) [...]*¹⁾

Em 1973, impulsionada pelo êxito da Convenção de Nova Iorque traduzido nas múltiplas adesões dos Estados Membros e pela assinatura da Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (em 1961), a CNUDCI propôs a elaboração de um regulamento-modelo de arbitragem com o objectivo de criar *“um quadro processual unificado, previsível e estável para as arbitragens internacionais sem asfixiar o carácter informal e flexível de tais mecanismos de resolução de litígios [...]*²⁾, de tal forma que fosse aceitável pelos países da «common law», da «civil law» e por outros sistemas jurídicos, e também por países exportadores e importadores de capitais.

O texto ficou concluído em 1976, tendo sido aprovado pela Resolução n.º 31/98 da Assembleia-Geral da ONU em 15 de Dezembro de 1976.

3. O Regulamento de Arbitragem da CNUDCI, na sua versão originária, continha 41 artigos, agrupados em 4 Secções: a Secção I, com a epígrafe “Regras Introdutórias”, englobava os arts. 1.º a 4.º, a Secção II, com a epígrafe “Composição do Tribunal Arbitral”, abrangia os arts. 5.º a 14.º, a Secção III, com a epígrafe “Processo Arbitral”, ia dos arts. 15.º a 30.º. Os últimos onze artigos compunham a Secção IV, com a epígrafe “Sentença”.

Em 1976, o Regulamento foi pioneiro na medida em que procurou tornar “semi-organizadas” as arbitragens internacionais «ad hoc», visando evitar, na medida do possível, a intervenção dos tribunais do Estado para dar apoio à constituição do tribunal arbitral e ao próprio processo arbitral. Previu, assim, a designação pelas partes da convenção de arbitragem de uma autoridade de nomeação («appointing authority», na versão inglesa) que pudesse nomear o árbitro único ou os árbitros em falta, em caso de desacordo entre as partes (cfr., por exemplo, os arts. 6.º, n.º 2 a 4, 7.º, 8.º). Se as partes não tivessem designado a autoridade de nomeação, esta

¹ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, I, Austin, Boston, Chicago, Nova Iorque, Holanda, Wolters Kluwer, 2009, pág. 96-97.

² GARY B. BORN, *ob. cit.*, pág. 151.

última seria designada pelo Secretário-Geral do Tribunal Permanente de Arbitragem em Haia (art. 7.º, n.º 2, alínea b)).

O Regulamento de Arbitragem inspirou-se nos regulamentos de Centros de Arbitragem bem conhecidos (como os da CCI, da LCIA ou da AAA) e contém regras sobre o início da arbitragem, a escolha e recusa dos árbitros, o processo arbitral, a escolha da lei aplicável, as formalidades de sentença arbitral e os encargos da arbitragem. Dele fazem partes as regras da autonomia ou separabilidade da convenção de arbitragem, em caso de invalidade do contrato que a contém, e da competência-competência dos árbitros. Do seu art. 1.º, n.º 2, consta a regra muito importante da ressalva de lei imperativa contrária às regras do Regulamento: *“[e]ste Regulamento é aplicável à arbitragem, salvo se alguma das suas regras estiver em oposição com um preceito da lei aplicável à arbitragem que as partes não possam derogar; neste caso, prevalecerá o preceito legal”*.

4. Os trabalhos preparatórios deste Regulamento e o seu texto foram utilizados na elaboração pela CNUDCI da Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, aprovada em 1985.

Como se sabe, esta Lei-Modelo, adoptada por mais de 80 Estados ou ordenamentos infraestaduais com autonomia legislativa, foi objecto de uma recente revisão, em 2006.

5. A partir de 2006, o Grupo de Trabalho respeitante à arbitragem e conciliação procedeu a uma análise do modo como o Regulamento tinha vindo a ser aplicado na prática e sobre a sua desactualização em alguns pontos. Preparou, assim, um texto revisto, que foi aprovado em 2010.

6. O texto revisto do Regulamento de Arbitragem mantém a mesma sistematização e tem 43 artigos, mais dois do que a versão originária. Passa a ter um anexo com a cláusula-tipo de convenção de arbitragem (que provinha já da versão de 1976, embora tenha sido agora suprimida a referência final *“presentemente em vigor”* que adjectivava a remissão para o Regulamento de Arbitragem da CNUDCI), uma fórmula-tipo de renúncia a meios de impugnação e fórmulas de declaração de independência a subscrever pelos árbitros.

7. Chamar-se-á a atenção para as principais alterações introduzidas em 1976:

- Diferentemente da versão anterior que só previa a aplicação do Regulamento a litígios provenientes de certo contrato, o art. 1.º, n.º 1, prevê que a cláusula compromissória se refira aos litígios decorrentes de uma "relação jurídica determinada, de natureza contratual ou extracontratual";
- É introduzida uma regra sobre a aplicação no tempo da versão revista do Regulamento, segundo a qual se presume que as partes de uma convenção de arbitragem celebrada após 15 de Agosto de 2010 se referiram ao Regulamento em vigor na data do início da arbitragem, ressalvando-se o acordo das partes sobre a aplicação de uma determinada versão do Regulamento. Esclarece-se que a presunção não se aplica quando a aceitação da proposta de convenção de arbitragem haja ocorrido após 15 de Agosto de 2010 mas a proposta tenha sido feita antes dessa data (art. 1.º, n.º 2);
- No art. 2.º, n.º 1, esclarece-se que a notificação para início de uma arbitragem, incluindo avisos, comunicações ou propostas, pode ser transmitida por qualquer meio de comunicação que disponibilize ou permita o registo da sua transmissão;
- No art. 3.º é aditada uma regra a estabelecer que a constituição do tribunal arbitral não será afectada por qualquer litígio respeitante ao cumprimento dos requisitos da notificação que desencadeia a arbitragem, o qual deverá ser definitivamente resolvido pelo tribunal arbitral (novo n.º 5);
- O novo art. 4.º regula a resposta à notificação de arbitragem, prevendo duas situações que a prática arbitral desenvolveu: a indicação de uma breve descrição dos pedidos reconventionais a formular pelo requerido ou dos pedidos para efeito de compensação e uma notificação de arbitragem dirigido contra uma parte diversa do requerente (a chamada demanda cruzada, «cross claim», diferente do pedido reconvenicional contra o requerente);
- O novo art. 6.º é o último da Secção I e regula detalhadamente as autoridades de nomeação, prevendo mesmo que as partes da convenção de arbitragem possam designar o Secretário-Geral do

- Tribunal Permanente de Arbitragem em Haia como autoridade de nomeação para o respectivo processo;
- O art. 7.º, n.º 2, passa a prever que, no caso de a parte (ou partes requeridas) não responder no prazo fixado no Regulamento sobre a proposta de nomeação de árbitro único ou não tiver nomeado um segundo árbitro, a autoridade de nomeação pode, a pedido do requerente, nomear um árbitro único, se considerar que, face às circunstâncias do caso, tal solução é a mais adequada;
 - O art. 10.º passa a regular a chamada arbitragem multipartes e acolhe a solução que a Cassação francesa estabeleceu no «Arrêt Dutco»⁽³⁾; na eventualidade de não ser possível constituir o Tribunal Arbitral nos termos do Regulamento, a autoridade de nomeação pode, a pedido de qualquer das partes, constituir o tribunal, podendo para o efeito revogar qualquer nomeação já feita e nomear ou renomear cada um dos árbitros, escolhendo um deles como presidente;
 - O art. 16.º é inovador e prevê a renúncia pelas partes, na máxima amplitude admitida pelo direito aplicável, a qualquer pedido indemnizatório a formular contra os árbitros, a autoridade de nomeação ou qualquer pessoa nomeada pelo tribunal com fundamento em acto ou omissão conexo com a arbitragem, salvo em caso de actuação dolosa;
 - A nova redacção do art. 26.º regula as medidas cautelares de forma mais detalhada que o correspondente artigo da versão originária, sendo claramente influenciado pelas soluções do Capítulo IV-A da Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da CNUDCI, na versão resultante da alteração de 2006;
 - No artigo consagrado à prova (art. 27.º, correspondente ao art. 24.º da versão originária) insere-se uma importante regra no seu n.º 4: "O tribunal arbitral deve decidir sobre a admissibilidade, a pertinência, a relevância e o valor das provas oferecidas";

³ Sobre esta decisão jurisprudencial vejam-se, entre nós, MANUEL BOTELHO DA SILVA, "Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias", in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, págs. 502-504, e Mariana França Gouveia, Curso de Resolução Alternativa de Litígios, Coimbra, Almedina, 2011, págs. 160-161.

- Diferentemente do disposto no art. 32.º, n.º 5, da versão originária – que previa que só podia ser tornada pública a sentença arbitral com o consentimento de ambas as partes – o novo n.º 5 do art. 34.º admite que a publicidade também pode ocorrer *"quando a divulgação da sentença, no todo ou em parte, for exigida a uma parte por dever legal, para proteger ou realizar um direito ou relativamente a um processo judicial ou de outra natureza que corra perante um tribunal ou outra entidade competente"*.

8. Confrontando a versão originária do Regulamento e a agora revista, impõe-se desde logo a verificação de que a CNUDCI procurou regular mais detalhadamente a fase introdutória da arbitragem, os articulados e o processo arbitral, particularizando certos aspectos que a prática demonstrava carecerem de regulamentação.

Pelo interesse do novo texto, que pode ser adoptado pelas Partes em convenções de arbitragem, através de remissão adequada, publica-se em anexo uma versão portuguesa que foi coordenada pelo Autor desta Nota e elaborada pelos alunos da cadeira de "Práticas Arbitrais" do Mestrado Forense da Universidade Católica Portuguesa, no ano lectivo de 2010/2011.

NOTÍCIAS, CRÓNICAS E RECENSÕES

Armindo Ribeiro Mendes

Advogado; Antigo Juiz do Tribunal Constitucional

Sofia Ribeiro Mendes

Advogada

Crónica de Jurisprudência

I. Introdução

1. Nos três primeiros números da *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, a rubrica "Crónica de Jurisprudência" da nossa autoria ocupou-se exclusivamente da jurisprudência portuguesa referente ao ano civil anterior.

Parece-nos, porém, que será preferível, para o futuro, passar a analisar a jurisprudência do segundo semestre do ano anterior e a do primeiro semestre do ano em curso, uma vez que cada número anual da *Revista* é fechado em Agosto ou Setembro. Desta forma evitar-se-á o risco de desactualização decorrente de algumas decisões só virem a ser comentadas passado praticamente um ano sobre a sua prolação.

É inevitável que esta mudança implicará que, no presente número, o comentário incida sobre decisões proferidas em 2010 e no primeiro semestre de 2011.

2. Apraz-nos registar que a *Associação Portuguesa de Arbitragem* tem em curso um projecto de compilação de sentenças arbitrais proferidas no âmbito de vigência da Lei de Arbitragem Voluntária de 1986. Temos, por isso, a esperança de poder comentar algumas dessas sentenças em crónicas futuras, ressalvadas, claro, as exigências de confidencialidade e as necessárias autorizações das partes.

Desta maneira, a Comunidade Jurídica poderá ter acesso ao modo como os próprios Tribunais Arbitrais resolvem questões de natureza processual ou substantiva suscitadas nos respectivos processos.

3. No ano de 2011, foi publicada uma obra académica sob a coordenação da Prof.^a MARIANA FRANÇA GOUVEIA, "Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem" (Coimbra, Almedina) onde se coligem estudos de Isabel Gonçalves, Joana Galvão Teles, Joana Neves, Rui Ferreira e Rute Santos sobre diferentes matérias (princípio da competência – competência; arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de excepção da preterição do tribunal arbitral voluntário; a arbitrabilidade como fundamento de anulação de sentença arbitral na LAV; requisitos formais e materiais da convenção de arbitragem e a taxatividade dos fundamentos de anulação da decisão arbitral). Trata-se de uma obra muito interessante que pretende seguir a evolução da jurisprudência no quarto de século em que a LAV de 1986 tem vigorado. Os estudos coligidos foram apresentados no âmbito do II Curso de Pós-Graduação em Arbitragem, realizado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, coordenado pela Prof.^a Mariana França Gouveia e pelo Dr. Filipe Alfaiate.

Podê ler-se no texto de apresentação subscrito pela Prof.^a Mariana França Gouveia e Dr. João Pedro Pinto-Ferreira que, "[n]uma altura em que se discute a necessidade de proceder a alterações da LAV [...] – tendo a Associação Portuguesa de Arbitragem (doravante «APA») apresentado, em Março de 2009, uma proposta de nova LAV ao ministro titular da pasta de Justiça [...] – o diálogo privilegiado com a jurisprudência que se procura estabelecer nos trabalhos pode contribuir para uma visão mais concreta sobre os problemas suscitados durante os cerca de 25 anos de vigência da LAV e, bem assim, sobre as soluções que os tribunais judiciais têm preconizado" (Ob. cit., pág. 12).

Tudo indica que, até ao final de 2011, a Assembleia da República irá aprovar uma nova LAV, passando Portugal a dispor de uma lei de arbitragem profundamente influenciada pela Lei-Modelo da CNUDCI.

II. Análise Jurisprudencial

A) Referência a Duas Decisões de Supremos Tribunais

4. Como tem sucedido nas crónicas anteriores, a nossa análise incidirá sobre as decisões mais significativas dos Tribunais Superiores portugueses

durante o ano de 2010 e o primeiro semestre de 2011. Faremos, todavia, uma excepção, comentando uma decisão do Supremo Tribunal inglês.

Todavia, gostaríamos de chamar preliminarmente a atenção para uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça respeitante a um recurso de revista excepcional em matéria de arbitragem. Depois disso, abordaremos uma recentíssima decisão do Supremo Tribunal inglês sobre a natureza jurídica de função de árbitro e da sua prestação de serviço.

5. Como se sabe, a Reforma dos Recursos Cíveis de 2007, operada pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto, adoptou a regra de «dupla conforme», "pela qual se consagra a inadmissibilidade do recurso do acórdão da Relação que confirme, sem voto de vencido e ainda que por diferente fundamento, a decisão proferida na 1.ª instância. Esta regra da «dupla conforme» comporta três excepções, ao abrigo das quais se admite o recurso do acórdão da relação que se encontre nas situações descritas: i) quando esteja em causa uma questão cuja apreciação, pela sua relevância jurídica, seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito; ii) quando relevem interesses de particular relevância social, ou iii) quando o acórdão da Relação esteja em contradição com outro, já transitado em julgado, proferido por qualquer Relação ou pelo Supremo Tribunal de Justiça no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito. Neste último caso, ressalva-se sempre a hipótese de já ter sido proferido acórdão de uniformização de jurisprudência com ele conforme, caso em que retoma aplicação a regra da inadmissibilidade do recurso" (do preâmbulo deste Decreto-Lei). O recurso de revista excepcional está regulado no art. 721.º-A do Código de Processo Civil¹ e, no n.º 3 deste preceito, estatui-se que a decisão quanto à verificação dos pressupostos referidos no n.º 1 "compete ao Supremo Tribunal de Justiça, devendo ser objecto de apreciação preliminar sumária, a cargo de uma formação constituída por três juízes escolhidos anualmente pelo presidente de entre os mais antigos das secções cíveis", decisão essa que é definitiva (n.º 4).

¹ Sobre esta inovação remete-se, por todos, para JOSÉ LEBRE DE FREITAS/A. RIBEIRO MENDES, *Código de Processo Civil Anotado*, 2.ª edição, 3.º vol., tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, págs. 149 e segs.; ANTÓNIO ABRANTES GERALDES, *Recursos em Processo Civil Novo Regime*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, págs. 399 e segs.

Ora, a referida formação de juízes veio a proferir, em 17 de Junho de 2011, um Acórdão² sobre a admissibilidade de uma revista excepcional num processo de anulação de sentença arbitral. A acção de anulação tinha sido intentada em Janeiro de 2010, na 1.ª Vara Cível do Porto, alegando o autor irregularidades ou invalidades no processo de constituição do tribunal arbitral (falta de notificação para arbitragem de todas as partes da respectiva convenção; violação do princípio do contraditório na nomeação de árbitro pelo Presidente da Relação; falta de audição de todos os sujeitos de uma das partes no momento de nomeação judicial do árbitro; incompetência do tribunal arbitral por caducidade de convenção de arbitragem; violação dos poderes de cognição do tribunal)³. No despacho saneador, a acção fora julgada totalmente improcedente, decisão esta confirmada por acórdão da Relação do Porto, tirado por unanimidade.

Neste Acórdão, o Supremo começou por analisar se se verificavam os requisitos ou pressupostos gerais de admissibilidade do recurso, tendo aludido ao sistema dualista de impugnações previsto na LAV, podendo a parte vencida recorrer da sentença arbitral para a Relação se não tiver havido renúncia aos recursos (art. 29.º da LAV). Além disso, “[e] caso a sentença não seja recorrível (v.g. por razões de alçada), ou a parte não pretenda, ou não tenha por qualquer motivo, interposto recurso, vale a regra do artigo 29.º, n.º 2 [da LAV], isto é, pode intentar uma acção de anulação autónoma, no prazo de um mês a contar da notificação de decisão arbitral”. Alude ainda à possibilidade da oposição à respectiva execução, aí invocando os fundamentos de anulação da sentença arbitral, quando não tenha sido proposta a respectiva acção da anulação (art. 815.º do Código de Processo Civil)⁴.

² Relator Cons. Sebastião Póvoas, Proc. n.º 6/10.ITVPRT.PLSI, in www.dgsi.pt/pj/.

³ Sobre o princípio do contraditório na fase de nomeação judicial de árbitro pelo presidente da Relação (qualificada tal nomeação como acto de jurisdição voluntária) veja-se o Parecer do Prof. LEBRE DE FREITAS publicado neste número da *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* (também publicado in *Themis*, ano X, n.º 18, 2010, págs. 33 e segs.).

⁴ Existe uma certa ambiguidade no Acórdão em aludir à problemática da verificação prévia dos pressupostos de admissibilidade do recurso, abstraindo da regra da «dupla conforme» – problemática que tem de referir-se ao recurso a interpor do acórdão da Relação que confirmou sem voto de vencido o saneador proferido na acção de anulação

Passa em seguida a apreciar se o recorrente tem razão ao invocar a verificação do disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 721.º A do CPC (“[e] seja em causa uma questão cuja apreciação, pela sua relevância jurídica, seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito”), mostrando que este último alegou as razões pelas quais a apreciação da questão reveste claramente tal necessidade, uma vez que a verificação do requisito dessa alínea “se conecta com o núcleo fundamental do pedido e respectiva causa de pedir”: falta de pronúncia pelo tribunal arbitral de certas questões; complexidade e dificuldade de várias questões sobre as quais se pronunciaram, em pareceres divergentes, eminentes processualistas, nomeadamente natureza do acto de nomeação do árbitro pelo presidente da Relação, necessidade eventual do prévio contraditório, questões jurídicas que necessitam de orientação jurisprudencial superior por revestirem indiscutível nobreza dogmática.

O Supremo Tribunal de Justiça admite o recurso de revista excepcional, dando razão ao recorrente:

“... as questões postas à apreciação do Tribunal inserem-se no elenco definido pela jurisprudência deste Colectivo/Formação da qual destacamos o Acórdão P. n.º 1179/08.9TBSTC.E1, que também citou, que [refere]:

«(...) só há relevância jurídica necessária para uma melhor aplicação do direito quando se trate de questão manifestamente complexa, de difícil resolução, cuja subsunção jurídica imponha um importante, e detalhado, exercício de exegese, um largo debate pela doutrina e jurisprudência com um objectivo de obter um consenso em termos de servir de orientação, quer para as pessoas que possam ter interesse jurídico ou profissional na resolução de tal questão a fim de tomarem conhecimento da provável interpretação, com que poderão contar, das normas aplicáveis, quer para as instâncias, por forma a obter-se uma melhor aplicação do direito[...].»

A questão «sub iudicio» terá de ser controversa ou, por omissão, quer na doutrina, quer na jurisprudência, a sua subsunção jurídica assumir laivos de complexidade, por conter a análise de conceitos ou inovadores, ou pouco trabalhados e, por isso, susceptíveis de interpretações divergentes.”

da sentença arbitral – para tratar logo de seguida dos meios impugnatórios da própria sentença arbitral.

O Supremo decidiu admitir o recurso, notando, na síntese conclusiva, que "os fundamentos de anulação da decisão arbitral constante do n.º 1 do artigo 27.º da Lei n.º 31/86 têm relevância jurídica sobretudo por reportados à arbitragem, instituto que não é, por princípio, sujeito a escrutínio dos tribunais".

Embora se admita que, no caso concreto, se pudesse justificar a abertura da via de recurso, parece perigosa a afirmação acabada de transcrever que poderá levar a abrir a revista excepcional em todos os casos em que se discutam questões de arbitragem, por este instituto não estar, por princípio, sujeito a escrutínio dos tribunais...

6. Excepcionalmente, consideramos relevante referir uma decisão de um supremo tribunal estrangeiro que se reveste de particular relevância para além das fronteiras do Reino Unido.

A decisão do Supremo Tribunal inglês de 27 de Julho de 2011, no caso *Jivraj v. Hashwani*, reveste-se de interesse para todos os países da União Europeia por estar em causa a aplicação aos árbitros de legislação europeia sobre proibição de discriminação no emprego em função da religião ou de outros factores, o que implicava a definição do estatuto jurídico do árbitro.

A situação era a seguinte: em 29 de Janeiro de 1981, os Senhores Jivraj e Hashwani tinham celebrado um acordo de consórcio (*«joint venture agreement»*), o qual continha uma convenção de arbitragem na cláusula 8.ª do mesmo, nos termos da qual, se viesse a surgir algum diferendo ou questão no futuro entre os investidores, a propósito da interpretação do acordo ou respeitante a algo nele contido ou que derivasse desse acordo ou dissesse respeito aos direitos, responsabilidades ou deveres dos investidores ou de um deles ou derivasse (sem limitação) dos negócios ou actividades do consórcio acordado, tal diferendo (de harmonia com o n.º 5 dessa cláusula 8.ª) seria submetido a 3 árbitros (decidindo por maioria), "sendo um nomeado por cada parte e o terceiro pelo presidente, ao tempo do litígio, do Conselho Nacional para o Reino Unido da Sua Santidade o Aga Khan". Todos os árbitros seriam "membros respeitados da comunidade ismaelita e titulares de cargos proeminentes (*«holder of high office»*) na comunidade". De harmonia com o n.º 2 da cláusula 8.ª, a arbitragem teria lugar em Londres e a sentença arbitral seria definitiva e

vinculativa para ambas as partes. A cláusula 9.ª previa de forma expressa que o acordo de consórcio era regulado pela lei inglesa.

A *«joint venture»* durara sete anos e, em final de 1988, os dois contraentes decidiram pôr termo àquela. Tinham, então, nomeado um conjunto de três conciliadores, todos membros respeitados da comunidade ismaelita, para dividir os bens do consórcio. Em Fevereiro de 1990, depois de terem conseguido partilhar vários activos, os conciliadores cessaram funções, por subsistirem litígios entre os contraentes insusceptíveis de resolução amigável. Depois daquela data, os dois contraentes designaram um único membro da comunidade ismaelita para servir de árbitro ou conciliador. Em 1993, este conciliador/árbitro proferiu uma primeira decisão, mas em 1995 renunciou ao encargo, considerando-se impotente para resolver o litígio. Fundamentalmente, subsistiram por resolver duas questões: a exigência de um saldo reclamado pelo Sr. Hashwani e uma pretensão do Senhor Jivraj decorrente de uma alegada omissão de declaração de responsabilidades fiscais pelo outro contraente, susceptível de gerar uma responsabilidade subsidiária para o Senhor Jivraj.

Após vários anos de subsistência dos litígios, o Senhor Hashwani, através dos seus advogados, pretendeu instaurar um litígio arbitral, indicando como árbitro Sir Anthony Coleman, um juiz reformado, o qual não pertencia à comunidade ismaelita. O referido requerente advertiu que, se o requerido não nomeasse um árbitro no prazo de sete dias, o requerente encetaria diligências para conseguir a nomeação daquela personalidade como árbitro único. Na mesma notificação, explicou que não tinha nomeado um árbitro da comunidade ismaelita porque tal exigência equivaleria a uma discriminação por causa da religião, violadora da Lei dos Direitos Humanos de 1998, sendo, por isso, nula.

A resposta do Senhor Jivraj foi a de intentar um processo no Tribunal de Comércio de Londres, pedindo que fosse declarada inválida a nomeação de Sir Anthony Coleman, por não ser membro da comunidade ismaelita. Por seu turno, o Senhor Hashwani requereu judicialmente a nomeação da referida personalidade como árbitro único, nos termos do art. 18.º, n.º 2, da Lei de Arbitragem inglesa de 1996. Alegou que a nomeação de um membro da comunidade ismaelita, em termos de exigência contratual, violava o regulamento emitido na sequência da transposição da Directiva Quadro do Conselho n.º 2000/78/CE de 27 de Novembro de

2000. Tal regulamento, alterado pela Lei inglesa de Igualdade de 2006 (art. 77.º, n.º 2), estabelecia que, nesses actos normativos, a referência a “«empregador», quando aplicada a uma pessoa que em qualquer momento pretenda empregar outra pessoa, inclui uma pessoa que não tenha empregados nessa altura; e «emprego» significa emprego no âmbito de um contrato de prestação de serviço ou de aprendizagem ou de um contrato celebrado para prestar qualquer trabalho pessoalmente e as expressões relacionadas deverão ser interpretadas do mesmo modo...”

Na primeira instância, o juiz entendeu que a convenção não era inválida uma vez que os árbitros não são “empregados” das partes; em qualquer caso, sabia-se que a confissão ismaelita privilegiava a resolução de litígios dentro da comunidade, o que constituía uma opção moral («ethos») baseado na religião, situação que estava excluída pelo referido regulamento ao referir-se a uma exigência ocupacional genuína. Em terceiro lugar, a admitir que a parte referente à exigência de os árbitros pertencerem à comunidade ismaelita fosse nula, tal acarretaria a nulidade total da própria convenção de arbitragem. Assim, deferiu a pretensão do Sr. Jivraj, impondo o pagamento de custas à contraparte e não concedeu autorização ao Sr. Hashwani para recorrer.

O recurso, porém, acabou por ser admitido em 2.ª instância, limitado à matéria do regulamento. Por unanimidade, a decisão da 1.ª instância foi revogada, considerando o Tribunal de Apelação que a função de árbitro preenchia a noção ampla de emprego prevista no referido regulamento e que existia uma discriminação em função da religião no que tocava a exigência de que os árbitros fossem membros provenientes da comunidade ismaelita. Admitiu, por último, que a nulidade parcial da cláusula implicava a nulidade de toda a convenção, pois a técnica de redução da invalidade transformaria a convenção de arbitragem numa convenção de outra natureza.

Esta decisão causou grande agitação na comunidade da arbitragem, não só em Inglaterra como no estrangeiro.

Houve novo recurso para o Supremo Tribunal em que intervieram a CCI, a LCIA (“London Court of International Arbitration”) e o Aga Khan.

A decisão foi unânime no que toca à revogação da decisão da 2.ª instância.

Na opinião dos cinco juízes do Supremo Tribunal, a função de árbitro não podia qualificar-se como emprego para efeito do referido regulamento. Depois de uma análise aprofundada dos precedentes ingleses, e da jurisprudência comunitária, o Supremo Tribunal considerou que tinha de se fazer uma distinção clara – como o fizera o juiz da 1.ª instância – entre aqueles que são verdadeiros empregados de uma pessoa e os “prestadores de serviços independentes que não estão numa relação de subordinação com a pessoa que recebe os serviços”. No dizer da opinião subscrita por quatro juízes, “o árbitro é independente das partes em aspectos críticos. As suas funções e deveres exigem que ele se eleve acima dos interesses partidários («partisan») das partes e que não actue nos interesses particulares de qualquer das partes, ou de forma a promovê-los!” Como a Câmara Internacional de Comércio (“CCI”) afirmou na sua alegação, em passo acolhido pelo Supremo Tribunal, o árbitro deve determinar o modo de resolver os interesses das partes em confronto, não estando de forma alguma em posição de subordinação das partes, antes pelo contrário. O árbitro é de facto um “sentenciador quase-judicial [...]” (parágrafo 41). Nessa medida, a posição do árbitro é muito diferente da de um juiz, uma vez que este é dependente de um departamento de Estado, ao passo que no presente caso estão em causa as relações entre as partes, por um lado, e o árbitro ou árbitros, por outro (parágrafo 45).

A maioria de quatro juízes entendeu subsidiariamente que, nas funções de árbitro, a exigência de pertença a uma comunidade religiosa constituía uma excepção ao princípio da proibição de discriminação, por considerar que, no caso, tal pertença se configurava com uma genuína exigência ocupacional para a tarefa por razões religiosas. Não caía, por isso, em caso algum no âmbito da aplicação do referido Regulamento.

No voto particular de Lord Mance, pôs-se em relevo que, desde uma decisão de 1904 do «Reichsgericht» alemão, estava assente que não se podia tratar um árbitro como o equivalente de um representante ou um empregado de um empreendedor. E referiu-se o entendimento de Gary B. Born sobre o contrato de árbitro no sentido de que não é contrato de trabalho subordinado.

Esta decisão satisfaz plenamente a comunidade arbitral e mostra-se seguramente a mais adequada ao estatuto do árbitro e ao chamado contrato de árbitro⁵.

B) Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Forma da Estipulação; Questão da Arbitrabilidade dos Litígios e Excepção da Preterição de Tribunal Arbitral Voluntário

7. O Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Janeiro de 2010 (relatora-Desemb.^a PAULA SÁ FERNANDES)⁶ versou sobre a questão de saber se tinha havido adesão a uma convenção de arbitragem celebrada por duas entidades diversas. Esta questão é idêntica à tratada no Acórdão da Relação de Lisboa de 25 de Novembro de 2009, relatado pela mesma relatora, e envolvendo também a UNICRE e um beneficiário do Fundo de Pensões UNICRE. Tivemos ocasião de criticar esta última decisão

⁵ Pode consultar-se esta decisão em <http://www.supremecourt.gov.uk/>.

Entre nós, o chamado contrato de árbitro tem sido configurado como um contrato de prestação de serviço, embora se discuta se tal contrato tem natureza substantiva ou processual. É minoritário o entendimento de que o estatuto é legal. Cfr. LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2005, págs. 129-130; PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragem voluntária ad hoc" in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2009, págs. 827-841; MANDEL PEREIRA BARROÇAS, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010, págs. 321 e segs.; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Coimbra, Almedina, 2011, págs. 125-126. Veja-se igualmente a obra de J-F Poudret e S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.^a ed., Londres, Thomson/Sweet and Maxwell, 2007, págs. 367 e segs..

Afigura-se-nos que dificilmente se poria em Portugal a questão de saber se as regras de não discriminação constantes de legislação laboral se aplicariam a um árbitro. O problema poder-se-ia colocar no plano constitucional quanto a saber se uma estipulação contratual pode ofender o princípio da igualdade ou certos direitos fundamentais. Vejam-se, por todos, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, 3.^a ed., Coimbra, 2003, págs. 279 e segs. e J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 2007, págs. 1286 e segs. (chamando este último a atenção para o núcleo irredutível da "autonomia pessoal" em situações análogas, *Ob cit.*, págs. 1293-1296).

⁶ Proc. n.º 373/09.0TTLSB.L1-4, in www.dgsi.pt/jtrl.

no ano de 2010 desta Revista⁷, remetendo integralmente para o que aí se deixou dito⁸.

8. O Acórdão da Relação de Lisboa de 30 de Setembro de 2010 (relator-Desemb. ANTÓNIO VALENTE⁹ apreciou uma excepção de preterição de tribunal arbitral em que se adoptou uma visão oposta à acolhida nos Acórdão Unicre.

Duas empresas da área imobiliária tinham celebrado, em 8 de Março de 2005, um contrato-promessa de compra e venda de imóveis (lotes para construção e um terreno rústico relativamente ao qual poderia ser atribuído um alvará de loteamento) e, no dia seguinte, tinham celebrado os contratos prometidos e ainda um contrato-promessa de dação em pagamento em relação ao prédio rústico, no qual estipularam a seguinte cláusula: "as outorgantes assumem aqui expressamente as obrigações constantes do contrato-promessa de compra e venda entre elas celebrado em 8/3/2005, designadamente as que relevem da ali denominada Fase 2, contrato-promessa esse que é anexado ao presente".

No contrato-promessa de compra e venda existia uma cláusula compromissória.

⁷ *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano de 2010, págs. 258-262.

⁸ No que respeita à questão da existência de estipulação válida de uma cláusula compromissória entre o ex-empregado e a sua antiga entidade patronal, defendemos no passado que a referência, no acordo de revogação do contrato de trabalho, a uma remissão de ordem geral para os direitos e prerrogativas dos beneficiários do Fundo de Pensões da UNICRE, constantes dos respectivos Estatutos, dificilmente poderia abranger a vinculação a uma cláusula compromissória constante do contrato constitutivo do Fundo de Pensões, até porque não existia a inequívoca expressão de vontade das partes de que os litígios fossem resolvidos por arbitragem exigida pelo art. 2.^o n.º 2 *in fine* da LAV para as cláusulas de remissão. Quanto à questão da arbitrabilidade do litígio, entendemos que a solução acolhida no Acórdão em comentário assentava num fundamento altamente discutível porque, face à actual LAV, era difícil sustentar que o direito ao montante concreto da pensão da reforma era um direito disponível, atento o que constava da Lei de Bases do Sistema da Segurança Social (Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro), da legislação sobre Fundos de Pensões (Decreto-Lei n.º 12/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 180/2007, de 9 de Maio) e da circunstância de, no domínio do Direito do Trabalho, não estar prevista a arbitrabilidade de litígios individuais de trabalho.

⁹ Proc. n.º 5961/09.ITVLSB.L1-8, in www.dgsi.pt/jtrl.

Tendo uma parte recorrido a tribunal judicial com fundamento em incumprimento do contrato-promessa de dação em pagamento, a ré suscitou a excepção de violação de convenção de arbitragem, sendo a mesma julgada procedente na 1.ª instância. Este Acórdão da Relação revogou essa decisão, por considerar, discutivelmente, que a convenção de arbitragem devia constar do próprio contrato-promessa de dação, que era autónomo em relação aos anteriores contratos, sendo certo que a promessa de compra e venda se extinguiu pela execução. Afigura-se-nos que se devia ter tentado um esforço de interpretação da remissão feita no terceiro contrato para o primeiro, para discutir se as partes tinham também querido remeter para a cláusula compromissória pactuada no primeiro contrato.

É patente a divergência entre este Acordo e os dos casos Unicre.

Sendo para nós claro que nos casos tratados nestes últimos não podia ver-se qualquer remissão para a convenção de arbitragem na fórmula utilizada nos acordos de cessação de trabalho outorgados entre a Unicre e trabalhadores seus, já nos parece sustentável, com os dados de facto constantes do Acórdão agora em análise, concluir que as partes tinham querido remeter também para a solução arbitral prevista no primeiro contrato, ainda que o mesmo se tivesse extinguido pela integral execução.

9. A mesma censura por nós formulada veio a ser acolhida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Março de 2011 (relator-Cons. LOPES DO REGO)¹⁰, o qual revogou o Acórdão da Relação de Lisboa acabado de comentar. Nesse Acórdão entendeu-se que a Relação reduzira indevidamente o sentido da cláusula do terceiro contrato (de dação em pagamento) onde se afirmava que as partes assumiam as obrigações constantes do contrato-promessa de 8 de Março de 2005, indo ao ponto de anexar esse contrato-promessa de compra e venda à promessa de dação. Escreve-se neste Acórdão:

¹⁰ Proc. n.º 5961/09.1TVLSB.L1.S1, in www.dgsi.pt/stj. Neste Acórdão acolhe-se plenamente o "efeito negativo" da convenção de arbitragem, considerando que os tribunais judiciais só devem rejeitar a excepção dilatória de convenção de arbitragem, quando seja manifestamente incontroverso que a convenção em causa é nula ou ineficaz, ou que o litígio, de forma ostensiva, não se situa no respectivo âmbito de aplicação.

"É evidente que, pese embora a escritura de compra e venda, as partes fizeram, por assim dizer, «reviver» o anterior contrato-promessa, a tal ponto que assumem de novo as obrigações dele decorrentes. É certo que os contraentes se referem essencialmente à Fase 2 do mesmo contrato, mas o que se mostra mais relevante, para o caso que nos ocupa, é que, após a escritura [de compra e venda], as partes nas suas relações contratuais fazem ressurgir o acordo no contrato-promessa de compra e venda, mesmo que só numa parte dele. O próprio pedido da A.ª, relativo à fiança bancária, na presente acção, é formulado tendo exclusivamente em conta o n.º 4 da cláusula 7.ª desse contrato. Assim o contrato-promessa de 8 de Março mantém-se em vigor".

O Supremo entendeu que a convenção de arbitragem em causa devia ser interpretada nos termos do disposto nos arts. 236.º a 238.º do Código Civil, devendo tal convenção valer com o sentido que um declaratório normal, na posição do real declaratório, pudesse razoavelmente deduzir do comportamento do declarante. E pondo em relevo a sequência dos três contratos sucessivamente celebrados pelas partes, atendendo à regulação de interesses deles constantes, escreve:

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

Concorda-se inteiramente com o raciocínio agora transcrito deste notável Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.

10. No Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de Maio de 2011 (Relator-Desemb. EZAGÚY MARTINS)¹¹, analisou-se uma convenção de arbitragem constante de um "Acordo de Contratantes, de Cooperação Técnica, Económica e Financeira" subscrito por várias empresas de construção civil, num recurso do despacho saneador que julgara procedente a excepção de violação de convenção de arbitragem, absolvendo a ré da instância. A acção fora proposta por uma sociedade empreiteira invocando o incumprimento do contrato de empreitada. A Relação de Lisboa revogou a decisão recorrida por entender que a ré não era parte do referido Acordo, não tendo subscrito o mesmo nem aderido à convenção de arbitragem. Apenas outras sociedades accionistas da Ré haviam subscrito esse Acordo, sendo certo que a ré se constituíra na mesma data da celebração de tal Acordo. Pode ler-se neste aresto:

"Depois, a circunstância de a sociedade Ré ter sido efectivamente constituída na mesma data da celebração do ACORDO em que se insere a invocada cláusula compromissória não implica a adesão à convenção arbitral respectiva, nos termos do disposto no art. 2.º, n.º 1, da LAV.

Pois a escritura pública de constituição daquela nem «contém» directamente, tal convenção, nem dela consta cláusula de remissão para o referido ACORDO. O mesmo se verificando com o «Documento Complementar» anexo a tal escritura. [...]

E sendo também que fixando-se a competência do tribunal à data da propositura da acção – cfr. art. 22.º da L.O.F.T.J. – sempre irrelevaria eventual apelo à consideração de que a Ré, ao invocar na sua contestação – e em sede de defesa por excepção – a cláusula compromissória, estaria a subscrever aquela ... por escrito.

Ora, não estando a Ré abrangida pela eficácia da cláusula compromissória, nunca poderia a A., pelo facto de ser uma das «contrapartes» no ACORDO em que aquela cláusula se integra, pretender sujeitar a mesma Ré à intervenção, no julgamento do litígio que opõe uma e outra, do tribunal arbitral.

Sobrelevando a competência dos tribunais judiciais."

Esta decisão parece-nos inteiramente correcta. A cláusula compromissória constante de um acordo parassocial celebrado entre accionistas da sociedade dona de obra não vinculava esta última e um dos subscritores

¹¹ Proc. n.º 2960/80.4TBPDL.L1-2 in www.dgsi.pt/jtrp/.

do mesmo acordo, relativamente a litígios com origem num contrato de empreitada subsequentemente celebrado entre estes últimos. Tão-pouco se vê como a invocação da convenção de arbitragem por quem não era parte da mesma podia valor como adesão à convenção, contra a vontade de um dos subscritores desta última.

11. No Acórdão de 1 de Fevereiro de 2011 (relator-Desemb. VIEIRA E CUNHA)¹², decidiu-se no recurso que foi interposto da sentença que julgara improcedente uma acção de anulação de sentença arbitral, que era válida a convenção de arbitragem constante de três declarações de três aderentes pretendendo que o assunto fosse submetido a arbitragem, apesar de separadas, mas de idêntico conteúdo e de vontade convergentes, quanto ao respectivo objecto.

Tais declarações de adesão haviam sido subscritas na sequência de um acidente de viação que envolveu um ciclomotor e um veículo automóvel envolvido no acidente, afirmando todos que pretendiam "vincular-se à decisão que vier a ser proferida pelo F... autorizado pelo Despacho n.º 30/87 de 9 de Março aceitando a Arbitragem como forma de resolução do litígio relativo ao apuramento e repartição de responsabilidades decorrentes do acidente de viação...".

A decisão é indiscutível. Não existe uma cláusula compromissória mas "uma declaração unilateral de adesão prévia" subscrita pela seguradora, no âmbito de uma instituição especializada de arbitragem, dando a conhecer a vinculação de empresa perante todos, por se tratar de "uma declaração dirigida a público não identificado"¹³. A celebração da convenção de arbitragem, na modalidade de compromisso arbitral, ocorre

¹² Proc. n.º 3789/08.5TBRPD.P1, in www.dgsi.pt/jtrp/.

¹³ Veja-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 97, citando Dário Moura Vicente. "A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano XLIII (2002), n.º 2, págs. 987 e segs. (este Autor fala de uma promessa de celebração de convenção arbitral por parte da entidade profissional, seguradora ou empresa de venda de bens de consumo). Para os litígios entre lesados intervenientes em acidentes de viação e seguradoras existe um centro de arbitragem da CIMASA (Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Seguros Automóveis), estando excluídos litígios decorrentes de acidentes em que ocorram danos pessoais.

quando certos particulares subscrevem uma declaração de adesão indo ao encontro da referida declaração unilateral da seguradora.

12. No Acórdão da Relação de Lisboa de 2 de Novembro de 2010 (relatora-Desemb.^a GRAÇA AMARAL)¹⁴, foi apreciado um recurso de um despacho saneador que julgara procedente a excepção de violação de convenção de arbitragem. A acção fora proposta por um revendedor de veículos automóveis contra o importador da marca e nele se formularam vários pedidos, nomeadamente o de declaração da ilicitude da resolução de dois contratos celebrados pelas partes (sendo um de Concessão para Revendedores K e o outro o Acordo de Reparador Autorizado K). O autor, concessionário da marca, pedia igualmente a declaração de nulidade das cláusulas compromissórias constantes dos dois contratos, as quais previam que, no caso de se gozarem negociações amigáveis após o decurso de um mês sobre o pedido de abertura de negociações, os litígios seriam definitivamente, resolvidos por arbitragem institucionalizada confiada ao então Centro de Arbitragem das Associações Comerciais de Lisboa e Porto (nesta cláusula havia ainda um pacto de aforamento relativamente aos litígios que não pudessem ser resolvidos por arbitragem). As razões invocadas para a declaração de nulidade prendiam-se com a circunstância de tais cláusulas serem predispostas pelo concedente, prevalecendo-se da sua situação de domínio, face à posição de dependência comercial e económica do concessionário, o que violaria a alínea g) do art. 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (Lei das Cláusulas Contratuais Gerais), e com a notória incapacidade económica e financeira do autor para suportar os custos da arbitragem.

No Acórdão, depois de se sustentar que o princípio da competência-competência do tribunal arbitral, previsto no n.º 2 do art. 21.º da LAV, implica que essa competência cabe a este tribunal antes de poder ser definida pelo tribunal judicial, acolhendo-se o chamado efeito negativo da convenção de arbitragem, decidiu-se o seguinte:

"Neste contexto não é possível concluir que no contrato de concessão [...] (extensível quanto ao contrato de reparador autorizado), ainda que

¹⁴ Proc. n.º 454/09.0TVLSB.L1-7, in www.dgsi.pt/jrl. Também publicado na *Colecção de Jurisprudência*, ano XXXV (2010), V, págs. 73 e segs.

no âmbito da concessão de marca de representação de marcas automóveis, ocorra uma posição de domínio do Concedente em contraposição com a debilidade (económica, comercial e jurídica) do Concessionário de forma a poder afirmar-se que a escolha de um foro arbitral envolve graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem" [...]

[...] De outro modo e a atender-se aos aspectos salientados pela Recorrente [revendedor concessionário] – capital social e património de cada uma das partes, representatividade local dos concessionários da marca – que a fazem concluir no sentido das suas dificuldades económicas e na impossibilidade de aceder à justiça (e no conflito de interesses subjacente à estatuição constante da alínea g) do art. 19 do DL 446/85, de 25.10), estar-se-ia a avaliar a situação tendo por subjacente o caso concreto, ao contrário do que a lei impõe."¹⁵

A Relação veio a julgar improcedente o recurso, confirmando a sentença recorrida.

Parece-nos de aplaudir a decisão, em especial no que toca à alegada violação da norma invocada da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

13. No Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de Dezembro de 2010 (relator-Desemb. AFONSO HENRIQUE)¹⁶ apreciou-se um recurso de agravo interposto da decisão de primeira instância que julgara procedente uma situação de violação de convenção de arbitragem.

Um casal e uma terceira pessoa tinham proposto uma acção judicial contra duas sociedades empreiteiras e uma subempreiteira, pedindo a condenação solidária das três rés em indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais e ainda a condenação das duas sociedades empreiteiras a reparar defeitos de construção ou, em alternativa e para o caso de o não fazerem a certo prazo, a suportar o custo dessa reparação. O pri-

¹⁵ No Acórdão aborda-se ainda a invocada carência superveniente de meios financeiros da Autora, considerando-se que não foi demonstrada tal insuficiência. A ter sido demonstrada tal insuficiência, por força do imperativo constitucional de que a justiça não pode ser denegada por carência de meios económicos (art. 20.º, n.º 4, da Constituição) e do previsto no Código Civil sobre a extinção da obrigação fundada na impossibilidade do seu cumprimento por causa não imputável ao devedor (art. 790.º, n.º 1), a concessionária ficaria desvinculada da convenção de arbitragem.

¹⁶ Proc. n.º 108/05.6TBMTA.L1.1, in www.dgsi.pt/jst.

meiro pedido contra as três rés decorria da explosão da lareira instalada no prédio objecto da empreitada.

No que toca ao segundo pedido, a primeira ré veio invocar ser parte no contrato de empreitada celebrado com os autores juntamente com a segunda ré, também empreiteira. Nesse contrato, havia uma convenção de arbitragem, a qual previa que "a resolução de qualquer litígio emergente da interpretação e execução do presente contrato, considerando-se também abrangidas quaisquer questões relacionadas com a necessidade de precisar, completar ou actualizar, será submetida à apreciação do Tribunal Arbitral". A mesma cláusula disciplinava o modo que o requerente devia seguir para instaurar o litígio e constituir o tribunal arbitral, estabelecendo que a parte requerida, se não procedesse à nomeação de árbitros no prazo de oitos dias, incumpriria "a convenção de arbitragem, com possibilidade de recurso imediato aos meios judiciais". Ora, os autores não tinham notificado a primeira ré para designar o árbitro, pelo que as partes continuavam vinculadas à convenção de arbitragem, razão por que deduzia a excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário.

Na réplica, os autores vieram alegar que o outro empreiteiro tinha sido por eles notificado nos termos do n.º 1 da cláusula 14.ª do contrato (que continha a convenção de arbitragem), nada tendo dito no prazo convencional. Com as obrigações do empreiteiro eram solidárias, tinha bastado a notificação feita a um deles.

Como se referiu, a primeira instância julgara procedente a excepção de preterição do tribunal voluntário quanto ao segundo pedido de responsabilidade contratual.

A Relação confirmou essa decisão com a seguinte fundamentação:

"Acontece que, in casu, a parte contratante correspondente as que figuram como empreiteiros no contrato é formada por duas empresas que, entre si, tinham o direito de indicar um perito [julga-se que se quer dizer árbitro], o qual juntamente com o perito [árbitro] nomeado pelo A. cabia cooptar o terceiro perito [árbitro].

O facto das RR., «D», Lda. e «E», Lda. responderem, solidariamente pelas obrigações a que se vincularam não lhes retira a individualidade, enquanto pessoas colectivas próprias e sujeitos processuais autónomos.

Daí, o(s) pedido(s) na acção serem deduzidos contra cada uma daquelas empresas.

E, assim, foram compreendidos por estas que, na qualidade de RR., os contestaram separadamente.

Significa isto que o termo parte a que se reporta a cláusula 14 deve ser entendido em termos processuais e a solidariedade a que se refere o agravante deve ser apreciada em termos substantivos.

Não tendo o A. interpelado também a R. «D», Lda. para nomear o respectivo árbitro, omitiu uma diligência essencial e previamente acordada para constituir o Tribunal Arbitral que deveria dirimir os problemas surgidos na execução da empreitada, aferindo da existência, ou não, de responsabilidade contratual por quanto das 1.ª e 2.ª RR"

Concordamos com esta solução. De facto, no caso de uma parte ser plural, as diferentes requeridas devem ser interpeladas para designar árbitro em conjunto. Se não conseguirem chegar a acordo, o árbitro deve ser designado pelo Presidente da Relação, sendo controvertido saber se este pode, nesse caso, nomear também árbitro à parte singular, para manter a igualdade entre as partes. No caso de, sendo ambas interpeladas, nenhuma designar árbitro, verifica-se a condição resolutive da convenção de arbitragem, podendo a outra parte recorrer aos tribunais judiciais. Se só uma das compartes interpeladas nomear árbitro, deve prosseguir a constituição do tribunal arbitral, podendo ambas as empresas ser demandadas como rés¹⁷⁻¹⁸.

14. No Acórdão da Relação de Lisboa de 3 de Maio de 2011 (relator-Desemb. MARIA DO ROSÁRIO MORGADO)¹⁹ apreciou-se a decisão da 9.ª Vara Cível de Lisboa que tinha absolvido da instância os réus, julgando procedente a excepção dilatória de violação da convenção de arbitragem.

Estava em causa uma convenção de arbitragem constante de um acordo parassocial com a seguinte redacção: "sempre que não seja

¹⁷ A situação de pluralidade de compartes não está regulada na LAV. A solução avançada é a que decorre do Anteprojecto de nova LAV preparada pela Associação Portuguesa de Arbitragem (cfr. art. 11.º desse Anteprojecto, publicado nesta Revista, ano de 2010, pág. 176).

¹⁸ Não parece que possa qualificar-se esta situação analisada pelo Acórdão como litisconsórcio necessário, ao contrário do aí defendido.

¹⁹ Proc. n.º 5554/09.3TVLSB.L1., ainda inédito.

possível obter uma solução amigável e negociável, no caso do litígio ou disputa quanto à interpretação, aplicação ou integração do presente acordo, ou se gerar diferendo, bem como uma situação de força maior ou de alteração das circunstâncias poderá qualquer um dos outorgantes, a todo o tempo, recorrer à arbitragem nos termos da presente cláusula" (Cláusula 16.^a). O n.º 7 dessa cláusula continha um pacto de aforamento "*para qualquer questão não abrangida pela convenção de arbitragem*".

Na acção proposta na 9.ª Vara Cível, os autores pediam, a título principal, a declaração de invalidade do acordo parassocial e, a título subsidiário, a declaração de invalidade de certas cláusulas do mesmo (onde não se incluía a convenção de arbitragem), tendo a acção sido distribuída quando já se achava pendente uma acção arbitral intentada pelos accionistas aqui réus contra os autores pedindo uma indemnização por incumprimento do acordo parassocial. Na acção arbitral, o Tribunal arbitral decidiu deferir o pedido de suspensão da acção arbitral formulada pelos aí réus, considerando a pendência da acção judicial como prejudicial, apesar de julgar a convenção de arbitragem válida e o tribunal arbitral competente. O Tribunal Arbitral tomou esta decisão – embora admitisse que tinha competência para decidir se a questão da validade do acordo parassocial cabia no âmbito da convenção de arbitragem – para evitar uma situação de conflito potencial com o tribunal judicial, na eventualidade deste último se considerar competente para a acção, julgando improcedente a excepção de violação de convenção arbitral invocada pelos réus nesta acção. Na decisão do tribunal arbitral, este afirmou não poder "*conjecturar sobre qual virá a ser o sentido da decisão judicial que, se for em qualquer outro sentido, considerando-se competente, determinará, ou influenciará, no todo ou em parte, o objecto e o sentido do processo arbitral e da sentença a proferir. Sobre todo o procedimento até final recairia pois a dúvida sobre o seu âmbito, a sua utilidade e eficácia*"²⁰. O Tribunal Arbitral veio a pôr termo à suspensão

²⁰ Pode dizer-se que a pendência simultânea de uma acção arbitral e de uma acção judicial gera uma situação atípica de "litispendência" que não tem regulação específica na nossa LAV e suscita problemas delicados. A maioria da nossa doutrina e a jurisprudência consideram que existe uma prioridade do tribunal arbitral na decisão da questão da competência do tribunal, a qual decorre do disposto nos arts. 21.º, n.º 4, e 27.º, n.º 3, da LAV. Vejam-se ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, "A «Autonomia» da Cláusula

do processo arbitral depois de proferida a decisão da 1.ª instância sobre a procedência da excepção de violação da convenção de arbitragem e declarou-se competente para julgar a questão da alegada invalidade do acordo parassocial.

A Relação de Lisboa, no Acórdão em análise, veio a pôr termo ao recurso, por inutilidade. Depois de referenciar as normas do Código Civil sobre interpretação do negócio jurídico, e de analisar o teor do acordo parassocial e o texto da convenção de arbitragem concluiu que a vontade das partes tinha sido "*no sentido de subordinar exclusivamente ao tribunal arbitral qualquer «litígio ou disputa em relação à interpretação, aplicação ou integração do acordo, bem como qualquer diferendo relativo ao presente acordo»*". E considerou que o pacto de aforamento valia para "*questões não especialmente previstas na convenção de arbitragem, sendo meramente residual*".

A Relação considerou ainda que os tribunais arbitrais são configurados como verdadeiros tribunais, dotados das características de independência e de imparcialidade, não podendo deixar de lhes estar reservada uma "*relevante parcela de jurisdição*". Citando dois Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 2011 – o relatado pelo Conselheiro LOPES DO REGO já por nós analisado, e o do Conselheiro ÁLVARO RODRIGUES que se vai referir – entende que existe uma prioridade da decisão do Tribunal Arbitral sobre a sua competência, razão por que os tribunais judiciais devem actuar "*com reserva e contenção*", de modo a reconhecer ao tribunal arbitral tal prioridade.

Dada a prolação entretanto da decisão do Tribunal Arbitral em que este se considerava competente para o litígio, a Relação entendeu que o julgamento da questão seria inútil, estando prejudicado o conhecimento do recurso:

Compromissória e a Competência da Competência do Tribunal Arbitral", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68.º (2008), I, págs. 367 e segs.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A Arbitragem Transnacional* cit., págs. 90 e segs.; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso CIL*, págs. 113 e segs. (a Autora entende que não há litispêndência em sentido próprio, porque a pendência simultânea de acções idênticas em tribunal arbitral e em tribunal judicial coloca um problema de jurisdição, devendo suscitar-se no prazo judicial a excepção de violação de convenção de arbitragem – pág. 114); ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Introdução às Práticas Arbitrais* (texto de difusão restrita, versão de 2010), págs. 140-144.

"Nesta conformidade, a pronúncia do tribunal arbitral no sentido da sua competência, já depois da prolação da sentença recorrida (cfr. ponto 10 dos factos provados) reíva toda a utilidade ao presente recurso, tanto mais que aquela decisão é definitiva, dado que, nos termos da cl. 16.ª, n.º 6 da Convenção arbitral «das decisões do Tribunal Arbitral não cabe recurso para outra instância»."

Concordamos com a fundamentação deste Acórdão, embora nos pareça discutível a tese da inutilidade do conhecimento do recurso, já que, por força dessa inutilidade superveniente, acaba por transitar em julgado sem confirmação a decisão da 1.ª instância. Em todo o caso, esta última decisão é compatível com a decisão do Tribunal Arbitral, tendo utilidade para dizer que o processo judicial se extingue por absolvição da instância dos demandados. Mas parece-me que a Relação devia ter conhecido do recurso e tê-lo considerado procedente, porque a decisão dos árbitros não vincula os tribunais judiciais.

Note-se que, diferentemente do que parece supor o Acórdão, a circunstância de ser irrecorrível a sentença arbitral não impede que a questão de competência do tribunal arbitral venha a ser colocada aos tribunais judiciais em acção de anulação da sentença arbitral – que é irrenunciável – visto os demandados na acção arbitral terem suscitado a questão de incompetência do Tribunal (cfr. art. 27.º, n.º 2, da LAV)²¹.

²¹ No Acórdão da Relação de Lisboa de 30 de Junho de 2010 (relatora-Desemb.ª Catarina Arêlo Manso, Proc. n.º 2865/08.9TVLSB.L1.8, in www.dgsi.pt/jtrf) foi igualmente apreciado um recurso de decisão que julgara procedente a excepção de violação de convenção de arbitragem, sustentando o recorrente que seria de afastar a convenção de arbitragem por si subscreta, por não acreditar na justiça privada. O Tribunal da Relação confirmou a decisão, considerando arbitrável o litígio sobre a questão da resolução de um contrato-promessa de compra e venda dum imóvel, não obstante existir neste contrato a ressalva "do recurso ao Tribunal Judicial da situação dos bens nos casos em que este seja imperativamente competente". O Tribunal negou que a decisão da primeira instância tivesse igualmente violado o princípio da imediação (!). O único ponto curioso versado neste Acórdão consistiu na apreciação da questão da alegada violação de caso julgado formal pela decisão recorrida, atendendo a que tinha transitado em julgado uma decisão do primeiro tribunal onde fora posta a acção de resolução do contrato-promessa a considerar-se incompetente em razão do território, remetendo o processo para um segundo tribunal de primeira instância. O Acórdão afastou tal violação atendendo a que a questão da alegada violação da convenção de arbitragem não havia sido abordada na decisão sobre

15. O Supremo Tribunal de Justiça teve ocasião, em dois Acórdãos, de acolher a ideia de que o tribunal arbitral deve ter prioridade na apreciação da questão da competência para conhecer do litígio arbitral, na linha de que vinha sendo decidido nos tribunais da Relação. Trata-se do chamado "efeito negativo" da convenção de arbitragem que o Anteprojecto da LAV elaborado pela Associação Portuguesa de Arbitragem – e, ao que se crê, também a Lei da Arbitragem que deverá ser aprovada ainda este ano pela Assembleia da República – propõe que tenha expressa consagração legal (art. 5.º, n.º 1: "O tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexequível").

O primeiro desses Acórdão foi proferido em 20 de Janeiro de 2011 (relator-Cons. ÁLVARO RODRIGUES)²². Numa acção declarativa de condenação em pagamento de certa quantia com fundamento num contrato de prestação de serviço, o Tribunal de Setúbal absolveu o réu da instância, por considerar procedente a excepção de violação da convenção de arbitragem. Interposto recurso para a Relação de Évora, veio esta a revogar o saneador, ordenando o prosseguimento do processo no tribunal recorrido. Interposto novo recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, veio a ser revogada a decisão recorrida, absolvendo-se o réu da instância e confirmando-se o julgamento na 1.ª instância.

A discussão versou sobre a interpretação do parágrafo 8.º da Cláusula XXIII do Contrato de Prestação de Serviço que continha a seguinte expressão: "podem, a qualquer altura, recorrer a arbitragem" («may» na versão inglesa). Sustentava o recorrente que tal expressão queria significar que o recurso a arbitragem estava dependente de duas circunstâncias: em primeiro lugar, tinha de ocorrer uma tentativa prévia das partes para encontrar uma solução justa e adequada para o litígio, através de um

competência, só tendo sido apreciada e resolvida no despacho saneador. Esta solução é indiscutível.

²² Proc. n.º 2207/096TBSTB.ELS1, in www.dgsi.pt/jstj.

acordo amigável; em segundo lugar, tinha de verificar-se o insucesso desse processo de negociação.

O Supremo considerou que a competência atribuída ao tribunal arbitral pelas partes da convenção de arbitragem podia ser *exclusiva* ou *concorrente* com a do tribunal judicial. Passou depois a interpretar a convenção de arbitragem, notando que a mesma continha doze *itens*, o que indicaria "*claramente que ambas as partes orientaram a vontade contratual no sentido da exclusividade da competência jurisdição arbitral*". Concluiu que "*a leitura atenta da convenção estabelecida entre as partes no presente litígio não deixa margem para dúvidas consistentes de que as partes referidas convencionaram uma cláusula compromissória relativamente à qual se verifica a exclusividade de competência do Tribunal arbitral*". O verbo "*poder*" (na frase "*ambas as partes podem, a qualquer altura recorrer à arbitragem*") não significaria "*mais do que permissão do recurso à segunda fase, litigiosa, ultrapassado, sem êxito, o prazo concedido contratualmente para as partes encontrarem uma solução amigável*" (passo extraído de um Acórdão da Relação de Évora sobre a mesma questão, Acórdão de 12 de Maio de 2010, Proc. n.º 2832.09.5TBSTB).

O Acórdão em análise considerou que do art. 21.º, n.º 1, da LAV resultava que o tribunal arbitral tem competência para decidir sobre a sua própria competência (princípio da Kompetenz-Kompetenz), e que tal princípio, na sua aceção negativa, "*impõe a prioridade do tribunal arbitral no julgamento da sua competência, obrigando os tribunais estaduais a absterem-se de decidir sobre essa matéria antes da decisão do tribunal arbitral*". Louvou-se nas opiniões de LOPES DOS REIS e de RAÚIL VENTURA.

Foi, por isso, revogada a decisão da Relação, dando-se razão ao Tribunal de primeira instância "*ao julgar procedente a excepção de violação da convenção de arbitragem*".

Estamos de acordo com a solução e a fundamentação da decisão.

16. O segundo desses Acórdãos foi o relatado pelo Conselheiro LOPES DO REGO e que já foi atrás apreciado.

Importa apenas acentuar que ambos os Acórdãos são os primeiros de que temos conhecimento em que o Supremo Tribunal de Justiça aceita a

doutrina do "*efeito negativo*" da convenção de arbitragem, louvando-se, aliás, na jurisprudência acolhida em anteriores decisões das Relações, no mesmo sentido²³.

17. A arbitrabilidade de litígios respeitantes a pedidos indemnizatórios após a cessação de um contrato de agência foi desenvolvidamente tratada pelo Acórdão da Relação de Lisboa de 11 de Janeiro de 2011 (relator-Desemb. ABRANTES GERALDES)²⁴. Trata-se de uma decisão excelentemente fundamentada em que se procura situar a questão em termos dogmáticamente precisos, dando-se conta das ambiguidades de arestos anteriores sobre a mesma matéria.

Fora proposta uma acção por uma sociedade contra três outras sociedades, pedindo-se a condenação da primeira no pagamento de indemnizações e comissões decorrentes de um contrato de agência, da segunda no pagamento das comissões, por ser co-responsável por tal pagamento, e da terceira quanto a ambos os pedidos para a eventualidade de a primeira ré não existir. Na contestação, as rés haviam suscitado a excepção de violação de convenção de arbitragem, a qual foi considerada procedente no despacho saneador, absolvendo-se as três rés da instância.

Interposto recurso de apelação, sustentou a autora apelante que a convenção de arbitragem não vinculava a 2.ª R., uma vez que, na carta de 23 de Dezembro de 2004, apenas havia sido dada indicação à autora para facturar as comissões à segunda ré, sem prejuízo do Contrato de Agência. Também quanto à terceira ré não tinha sido celebrada qualquer convenção de arbitragem. Ora, sendo indissociáveis entre si os pedidos contra as três rés, justificava-se inteiramente que prosseguisse uma única acção contra as três rés nos tribunais judiciais. Acrescia que a convenção de arbitragem estava redigida de forma ambígua, pois designava um tribunal arbitral, a funcionar de acordo com a lei dinamarquesa, perante o Sø-og Handelsretten, tribunal marítimo e de comércio de Copenhague. A convenção seria nula por não existir interesse sério do principal em

²³ Alude-se no primeiro destes arestos ao Acórdão da Relação de Lisboa de 5 de Junho de 2007 (relator-Desemb. Rui Vouga), analisado por Joana Neves, in "*O princípio da competência dos Tribunais Arbitrais para decidirem sobre a sua própria competência*", in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem* cit, págs. 45 e segs. ("*Caso do Trespasse*").

²⁴ Proc. n.º 3539/08.6TVLSB.L1-7, in www.dgsi.pt/jtr/.

que o processo decorresse na Dinamarca e por tal acarretar significativos prejuízos para o agente. A indemnização de clientela é, segundo a lei portuguesa e nos termos do art. 19.º da Directiva 86/653CEE, indisponível em relação ao agente, pelo que nessa parte o litígio não seria arbitrável.

O Acórdão começou por abordar a questão de saber se a convenção de arbitragem podia vincular as sociedades demandadas que não tinham assinado a mesma, concluindo que não existia tal vinculatividade quanto estas sociedades visto a convenção só produzir efeitos *inter partes* (art. 406.º do Código Civil). Admitindo que, em abstracto, não estava afastada a possibilidade de acordo superveniente através da adesão a uma convenção arbitral ou a modificação subjectiva da convenção por via da cessão da posição contratual, o Acórdão entendeu que não constavam dos autos elementos que permitissem concluir pela extensão da convenção a terceiros. Por último, o facto de as sociedades se encontrarem numa relação de grupo não implicava que, no Direito português, tal relação tivesse um efeito de vincular todas as sociedades por extensão subjectiva das partes da convenção de arbitragem, isto apesar de se dar nota de que solução diversa tem sido admitida em certos ordenamentos estrangeiros. Não existia, assim, fundamento para a absolvição das duas últimas rés por violação de convenção de arbitragem.

Foi igualmente afastado o argumento da interdependência dos pedidos para negar a eficácia da convenção arbitral, notando-se que o pedido contra a segunda sociedade tinha a ver com uma situação de solidariedade passiva que se podia verificar quanto a essa obrigação, o que não acarretava a composição da convenção do litígio num só tribunal. Quanto à terceira sociedade, o pedido era formulado a título condicional, para a hipótese de verificação de inexistência da primeira ré, o que tornava o pedido alheio a qualquer interdependência ou subsidiariedade de pedidos.

O Tribunal da Relação negou que a eventual ambiguidade da convenção de arbitragem implicasse a sujeição do litígio a tribunal estadual, pois o afastamento dos efeitos da convenção de arbitragem apenas pode ocorrer quando esta se revelasse manifestamente nula. Se não fosse este o caso, cabia ao tribunal arbitral apreciar a sua competência, nos termos do art. 21.º, n.º 1, da LAV. Por outro lado, o facto de a convenção se referir a um tribunal estadual dinamarquês não implicava necessariamente que estivesse a ser postergada a constituição de um tribunal arbitral,

"podendo traduzir simplesmente, como é normal, o local onde se constituirá fisicamente ou ficará sediado o tribunal arbitral, sem qualquer confusão em relação à putativa sujeição do litígio à jurisdição e à lei dinamarquesa".

Quanto ao argumento da inexistência de interesse sério das partes na fixação da sede da arbitragem na Dinamarca, o Acórdão considerou que a regra da alínea c) do n.º 3 do art. 99.º do Código de Processo Civil não era aplicável quando as partes, no exercício da sua autonomia negocial, estipulassem uma convenção de arbitragem, existindo, à partida, um interesse sério na fixação dessa sede visto se tratar de um contrato celebrado entre sociedades com sede em Portugal e na Dinamarca.

Por último, ao abordar a questão da arbitrabilidade do litígio relativo à indemnização de clientela, o Acórdão elenca os critérios que o Direito comparado mostra que são acolhidos em diferentes legislações, citando SAMPAIO CARAMELO e LIMA PINHEIRO, e alude à Proposta de Lei de Arbitragem aprovada pelo Conselho de Ministros no início de Janeiro de 2011, que pretendia acolher o critério da patrimonialidade da pretensão em vez da disponibilidade do direito.

Situando-se no âmbito da LAV, o Acórdão entende que a qualificação de certo direito como disponível ou indisponível não deve ser feita instituto a instituto, mas questão a questão, de forma casuística. E depois de referir o acórdão da Relação de Guimarães de 16 de Fevereiro de 2005 que tinha decidido de modo diferente e que fora objecto de críticas da doutrina, pronuncia-se no sentido da arbitrabilidade do litígio:

"... a solução que mais se adequa passa por circunscrever a nulidade da convenção arbitral às situações de indisponibilidade absoluta, tornando inarbitráveis apenas os litígios em que está de todo impedida a constituição ou disposição de direitos por vontade das partes."

O Acórdão chama a atenção para as soluções legais relativamente ao contrato de transacção ou quanto à caducidade, em que se põe idêntica problemática sobre direitos relativamente disponíveis. E escreve:

"Atalhando argumentos, facilmente se comprova, noutra campo em que a vontade dos interessados sofre restrições, que, sem embargo da natureza inequivocamente pessoal das relações da família, com reflexos em matéria de disponibilidade, tal regime não invalida em absoluto a outorga de acordos"

entre os interessados, designadamente quando têm por objecto a partilha de bens pós-divórcio ou prestações alimentícias já vencidas, nos termos do art. 2008.º, n.º 1, do CC (a irrenunciabilidade vigora apenas para as prestações vincendas)."

No caso do contrato de agência, a irrenunciabilidade ao direito de indemnização só está prevista, na Directiva comunitária, "antes da cessação do contrato":

*"A indisponibilidade do direito, por via da sua irrenunciabilidade, vigora no momento em que as partes outorgam o contrato, limitando, nessa medida, a sua liberdade contratual. Mas uma vez constituído o direito na esfera do agente (o que ocorre com a extinção do contrato, por resolução ou outra causa), já não se justifica apodá-lo de indisponível. Afinal, jamais se discutiu a possibilidade de, nessa ocasião, se estabelecer validamente uma transacção dentro ou fora do processo judicial em que o direito se discute."*²⁵

O Acórdão confirmou a absolvição da instância da primeira ré, por proceder a excepção de violação da convenção de arbitragem, absolveu da instância a terceira ré por ilegitimidade e mandou prosseguir o processo quanto à segunda ré, para apreciação de outras excepções por ela invocadas.

Em nossa opinião, este notável Acórdão revela uma compreensão plena dos principais problemas da arbitragem (interpretação da convenção de arbitragem; princípio de competência da competência; extensão subjectiva da convenção de arbitragem a terceiro, nomeadamente nos grupos de sociedades; a disponibilidade como critério de arbitrabilidade; interesses sérios na fixação da sede do tribunal arbitral em arbitragem internacional), estando ancorado na doutrina nacional e na jurisprudência anterior. A solução destas questões merece globalmente o nosso acordo²⁶.

²⁵ Pode ver-se uma análise da jurisprudência anterior sobre a questão da arbitrabilidade de litígios referentes à indemnização da clientela no âmbito do contrato de agência e da discussão da questão na doutrina em Joana Galvão Teles, "A Arbitrabilidade dos Litígios em sede de Invocação de Excepção de Preterição do Tribunal Arbitral Voluntário", in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem* cit., págs. 74-80.

²⁶ O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Março de 2010 (relator-Cons. Serra Baptista; Proc. n.º 242507.1TBVCD.P1.S1; in www.dgsi.pt/jstj) versa uma

C) Processo Arbitral

18. No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Março de 2010 (relator-Cons. BARRETO NUNES)²⁷ considerou-se que o prazo de 6 meses para a prolação da decisão arbitral tem natureza supletiva, por resultar desse preceito que só é aplicável se outra coisa não resultar do acordo das partes. Considerou-se igualmente que a alteração deste prazo, cujo incumprimento gera caducidade, pode resultar da escolha das partes das regras de processo constantes de um regulamento de uma instituição de arbitragem, no caso, o Regulamento de 1987 do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria. Devia, por isso, atender-se não à data da nomeação do último árbitro mas à data da aceitação por este do encargo, através da subscrição da respectiva "Declaração de Independência".

A questão fora posta numa acção de anulação da sentença arbitral de 26 de Junho de 2007, proferida por tribunal a funcionar no referido Centro de Arbitragem, tendo o autor invocado também o vício de omissão de pronúncia. O saneador-sentença julgou ambos os fundamentos de anulação improcedentes. Esta decisão fora confirmada por Acórdão da Relação do Porto de 15 de Julho de 2009.

O referido Acórdão confirmou as decisões das instâncias, aplicando o art. 24.º do referido Regulamento que previa que o prazo de seis meses seria contado a partir da data da constituição do tribunal arbitral, a qual só ocorria após a aceitação do encargo pelo último árbitro. Relevava, por isso, a data em que esta declarara expressamente aceitar o desempenho

questão de competência internacional a que se aplicava o Regulamento CE n.º 44/2001. É curioso notar que nos três contratos discutidos na acção judicial, a que se aplicava a lei substantiva italiana, havia uma cláusula compromissória no primeiro e um pacto atributivo de jurisdição a favor de um tribunal italiano no segundo, estabelecendo o terceiro um clausulado: "na sequência dos nextos acordos anteriores", concluindo o Tribunal que se tinham por válidas as cláusulas transcritas (convenção de arbitragem e pacto de jurisdição), não objecto de nova regulamentação. O comportamento das partes no processo apontou para que as mesmas consideravam que o pacto atributivo de jurisdição a favor dos tribunais italianos revogara a anterior cláusula compromissória. O Supremo Tribunal de Justiça aceitou pacificamente este entendimento.

²⁷ Proc. n.º 120507.9TVPRT.P1.S1, in www.dgsi.pt/jstj.

das suas funções e não a data em que o terceiro árbitro tinha sido escolhido pelo presidente do Centro de Arbitragem da referida instituição. Parece-nos inteiramente correcta a decisão em análise.

19. O Acórdão da Relação de Lisboa de 21 de Janeiro de 2010 (Relator-Desemb. GILBERTO JORGE)²⁸ considerou que alguma jurisprudência não excluía à partida a intervenção do tribunal arbitral na apreciação de um procedimento cautelar a ele requerido, referindo o mesmo que tal competência devia estar prevista na convenção de arbitragem e tal procedimento não podia pressupor ou envolver o uso de «ius imperii» por este tribunal. Em qualquer caso, os tribunais judiciais mantinham sempre competência para decretar providências cautelares, a título preliminar ou como incidente de um processo arbitral pendente, admitindo não haver obstáculos a que o procedimento cautelar em que tivesse sido decretada uma providência viesse a ser apenso ao próprio processo arbitral²⁹. A questão submetida à Relação incidia sobre a caducidade da providência cautelar decidida pelo tribunal de 1.ª instância.

Este Acórdão da Relação confirmou a decisão de 1.ª instância, considerando que a notificação enviada pelo arretante ao arretado para instauração do tribunal arbitral não tinha observado os requisitos do art. 10.º do Regulamento do Centro de Arbitragem de Litígios da Ordem dos Advogados ou do art. 11.º da LAV:

“Com efeito, o início da tramitação no CAL (Centro de Arbitragem de Litígios) dá-se com o pedido de arbitragem dirigido ao Secretário-Geral, condicionalismo que a apelante não demonstrou, no autos ter preenchido.

Sucedeu que a comunicação, datada de 07.08.2009, remetida pela apelante à apelada [...] – alegadamente observando o art. 11.º da Lei n.º

²⁸ Proc. n.º 432/09.9TBOER.11-6, in www.dgs.pt/jtrl.

²⁹ Tivemos ocasião de criticar a decisão de primeira instância proferida num processo, em que foi decidido pela Relação o recurso através de Acórdão de 10 de Dezembro de 2009, de remeter para tribunal arbitral os próprios autos de procedimento cautelar para ser o tribunal arbitral a apreciar a providência cautelar (cfr. esta *Revista*, ano de 2010, págs. 279-281). Embora a situação seja diferente, parece-nos criticável o envio dos autos de providência cautelar já decretada para uma jurisdição privada. Deviam os autos manter-se no tribunal estadual, enviando-se por ofício a decisão nele proferida e as peças processuais relevantes. Em sentido diferente, veja-se J. P. Remédio Marques, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisado*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, págs. 5, nota

31/89, de 2908. – também não preenche os requisitos previstos na citada norma legal [...]

De tudo reculta não ter sido interposta a acção a que se refere o art. 383.º, n.º 1, do CP Civil.

Verificando-se, pois, a caducidade da presente providência cautelar como corolário da sua dependência em face da acção pelo qual se faz valer o direito – ou o interesse acatelado”.

Embora sem ter tido acesso ao teor da comunicação referenciada no Acórdão, parece-nos correcta a decisão, visto que o arretante devia ter em devido tempo requerido a instauração de arbitragem no referido Centro de Arbitragem de Litígios, com observância do respectivo Regulamento.

20. O Acórdão da Relação de Lisboa de 23 de Fevereiro de 2010 (relator-Desemb. ABRANTES GERALDES)³⁰ foi proferido em recurso interposto da decisão que indeferiu uma providência cautelar comum destinada a paralisar o accionamento de uma garantia bancária à primeira solicitação. Este procedimento fora requerido na pendência de uma acção arbitral em que o mandante e o beneficiário da garantia estavam a discutir os direitos e obrigações decorrentes do contrato subjacente. A Relação entendeu, de forma inteiramente correcta, que a discussão em processo arbitral do contrato de empreitada subjacente, entre o mandante ou ordenador da garantia e o beneficiário não podia justificar a paralisação dos efeitos desta garantia, “já que o mais natural em todas as situações de invocação de garantia é a coexistência de um litígio cujo risco de ocorrência constituía precisamente a justificação para a [...] inserção de uma cláusula que obriga uma das partes à prestação da referida garantia como condição para a outorga do contrato”.

Estava-se, pois, em presença de um procedimento cautelar pendente em tribunal estadual e uma acção arbitral cujo objecto era conexo com o referente à emissão da dita garantia.

³⁰ Proc. n.º 5714/09.7TVLSB.L1-7, in www.dgsi.pt/jtrl.

21. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2011 (relator-Cons. BETTENCOURT DE FARIA)³¹ incidiu sobre um recurso interposto num processo de anulação de sentença arbitral proferida pelo Plenário da Comissão Arbitral da Liga Portuguesa de Futebol Profissional. A acção arbitral fora proposta pela SAD (sociedade anónima desportiva) de um clube de futebol contra uma outra SAD exigindo o pagamento à autora de uma compensação pela transferência de um jogador estrangeiro de um clube para o outro. Na acção de anulação, a SAD autora – ré na acção arbitral – pretendeu a invalidação da sentença arbitral por ter sido proferida após a extinção dos poderes jurisdicionais do tribunal arbitral. Na primeira instância, a ré fora absolvida por se considerar verificada a nulidade de todo o processado por ineptidão da petição inicial. A Relação do Porto, porém, revogara esta decisão e, conhecendo do mérito, absolvera a ré do pedido.

A situação verificada no que toca à sentença arbitral era a seguinte: tinha sido proferida em Dezembro de 2004 a referida sentença tendo havido duas decisões complementares proferidas subsequentemente. A SAD e recorrente, ré na acção arbitral sustentava que tais decisões não poderiam ter sido proferidas face ao disposto no art. 25.º da LAV e do art. 146.º do Regulamento Geral da Liga Portuguesa de Futebol Profissional, não tendo aplicação os arts. 666.º, n.º, 667.º e 669.º do Código de Processo Civil, por não existir nenhuma lacuna jurídica e porque, dada a natureza excepcional dos referidos preceitos, não havia lugar a analogia.

O Supremo Tribunal de Justiça, no referido Acórdão, negou provimento ao recurso, chamando a atenção para que tinha transitado em julgado uma decisão da Relação do Porto que confirmava a anulação da sentença arbitral de 2002 proferida pelo mesmo Tribunal Arbitral. A Comissão Arbitral proferira duas decisões, em, execução da anulação referida, uma a negar o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça das Comunidades, requerido pela ora recorrente e outra a julgar de novo a acção arbitral (sentença de 26 de Setembro de 2008, cuja anulação é objecto do processo em recurso). Notificados de nova sentença arbitral, veio a SAD ora recorrida (e autora na acção arbitral) pedir a reforma dessa decisão, por a mesma, manifestando a sua concordância com o

³¹ Proc. n.º 992/08.1TVPR1.P1.S1, in www.dgsi.pt/jtrl.

Acórdão anulatório, não conter qualquer decisão sobre as demais questões suscitadas. Apesar da oposição da ora recorrente, a Comissão Arbitral proferira novo acórdão em que explicitava o montante da condenação. Escreveu-se no Acórdão agora em análise:

"Ainda que se entendesse, como defende a recorrente, que estes preceitos [arts.666.º a 669.º do CPC] não eram directamente aplicáveis ao disposto no art. 25.º da LAV, mesmo assim, forçoso era considerar que, à excepção da reforma do art. 669.º, todas as restantes cabem no espírito do referido art. 25.º da LAV.

Então, se o julgador trocasse os nomes por manifesto lapso de escrita, não poderiam os árbitros rectificar tal erro e seria necessário interpor recurso da decisão? E o mesmo se diga da aclaração do decidido ou de arguição de nulidades.

São princípios gerais de boa prática processual, que levam, aliás, a entender que o dito art. 25.º deve ter integrado pelas citadas disposições da lei processual civil, nos termos do art. 153.º do RG LPFP, quando prescreve que, nos casos omissos, são aplicáveis as regras mais adequadas."

Concordamos com a decisão que corresponde à prática arbitral e ao entendimento da doutrina, embora nos pareça que tais possibilidades não decorrem necessariamente da aplicação de normas do Código de Processo Civil, mas de princípios gerais de direito processual³². O Anteprojecto da LAV da A.P.A. prevê no seu art. 45.º a rectificação e esclarecimento da sentença e a possibilidade de ser proferida sentença adicional (solução da Lei-Modelo da CNUDCI).

³² Sobre esta questão, vejam-se Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional* cit., págs. 153-154; Luís Carvalho Fernandes, "Dos Recursos em Processo Arbitral", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Coimbra, Almedina, 2003, págs. 159 e segs; Armindo Ribeiro Mendes, *Introdução às Práticas Arbitrais* cit., págs. 202-203 (o qual considera difícil sustentar que os árbitros podem suprir nulidades); Manuel Pereira Burocas, *Manual* cit., págs. 492-493).

D) Impugnação de sentenças arbitrais

22. No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Fevereiro de 2010 (relator-Cons. ÁLVARO RODRIGUES)³³, foi apreciado um recurso interposto do Acórdão da Relação de Coimbra que julgara improcedente o recurso interposto da decisão que julgara improcedente a oposição deduzida contra execução para pagamento de quantia certa.

O título executivo era uma sentença proferida em processo arbitral e na oposição à execução os executados sustentavam que o título executivo era nulo por vícios ocorridos durante o processo arbitral, tal como era ineficaz a obrigação subjacente, por falta de pertinência, proporcionalidade e desadequação da cláusula sancionatória, pedindo a absolvição da execução ou a modificação da sentença arbitral ponderada segundo juízos de equidade.

O Supremo Tribunal de Justiça confirmou a decisão das instâncias, considerando que, não obstante o disposto no art. 31.º da LAV, os executados opoentes não podiam vir, após o trânsito em julgado, tentar fazer valer factos que poderiam e deveriam ter alegado na acção declarativa arbitral. Notou que os executados não tinham interposto recurso da decisão arbitral, nem intentado acção de anulação da sentença arbitral. Procuravam prevalecer-se da concessão generosa de nova oportunidade para invocar fundamentos anulatórios, nos termos do arts. 31.º da LAV e 815.º do CPC.

"Ora, em primeiro lugar, como se sabe – as Instâncias não se cansaram de o sublinhar – os fundamentos para a propositura de uma acção de anulação são exclusivamente de índole adjectiva (processual)[...]"

E, mais à frente, pode ler-se no mesmo Acórdão:

"A especificidade nesta matéria de pronunciamento decisório emitido por um tribunal arbitral voluntário, tendo presente a regra de equiparação executiva constante do art. 48.º, n.º 2 do CPC, reside na possibilidade de existência de um juízo cassatório (julgamento do julgamento e não jul-

³³ Proc. n.º 209/07.6TBPCV-A.C1.S1, in www.dgsi.pt/jtrl.

gamento da decisão) mitigado, exclusivamente referido à observância de determinados elementos procedimentais [previstos no art. 27.º da LAV]."

A solução é de aplaudir, parecendo-nos que os executados tentavam por todos os meios impedir a execução da sentença arbitral, sem terem fundamento sério para pôr em causa esta sentença.

23. O Acórdão da Relação de Lisboa de 20 de Janeiro de 2011 (relator-Desemb. VAZ GOMES)³⁴ apreciou um recurso sobre a fixação do valor de uma acção de anulação de sentença arbitral. O despacho recorrido havia fixado o valor da acção em €48.989.744,90, em incidente de verificação do valor da causa [cfr. arts. 314.º e 315.º do CPC]. Os autores apelaram desta decisão, sustentado que nessa acção a utilidade económica imediata do pedido é a que decorre do reconhecimento da não existência da obrigação de pagar à ré a quantia em que foram condenados, cujo limite máximo é de €15.101.259,45, sendo certo que a decisão condenatória só havia fixado, de imediato, a obrigação de pagamento da indemnização provisória de €5.000.000,00, encontrando-se o remanescente dependente da verificação de factos futuros e incertos.

A Relação de Lisboa, nesta decisão, julgou parcialmente procedente o recurso, fixando o valor da acção no montante máximo de condenação. Escreveu-se no Acórdão:

"Não existe nenhuma norma sobre o valor a atribuir à acção de anulação de decisão arbitral.

Quer a decisão recorrida quer os recorrentes concordam que o art. 310.º [do CPC] contém norma especial, também aplicável ao caso; não tendo sido estipulado preço, não tendo as partes estipulado esse preço o valor do acto jurídico determinar-se-á de harmonia com as regras gerais [arts. 310.º, n.º 1 e 2, e 305.º e 306.º] [...]"

Julgando-se favoravelmente a acção de anulação como pretendido pelos aqui autores (réus na acção arbitral), o que ocorre é que volta a não estar acertado que os aqui autores e ali réus tenham de pagar à aqui ré e ali autora as quantias em que foram condenados na sentença arbitral [...]. Verdadeiramente, ao invés do afirmado na decisão recorrida, o conflito

³⁴ Proc. n.º 5720/09.ITVLSB-A.L12, in www.dgsi.pt/jtrl.

não volta ao ponto inicial, ou seja, não volta ao ponto da convenção de arbitragem e renovação do conflito arbitral, o que ocorre na precedência da acção de anulação da decisão arbitral é que as partes ficam livres para recorrer aos tribunais a fim de discutirem o seu conflito."³⁵

A solução adoptada parece-nos razoável, não havendo razão – como sustentaram a 1.ª instância e a Relação neste caso – para considerar que o valor da acção arbitral têm de coincidir com o valor do processo arbitral, como fora sustentado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Maio de 1995 (relator Cons. SOUSA INÉS)³⁶.

24. O Acórdão da Relação de Lisboa de 10 de Maio de 2011 (relatora- Desemb.^a ANABELA CALAFATE)³⁷ apreciou um recurso interposto numa acção de anulação de sentença arbitral proferida por tribunal arbitral a funcionar na Associação Comercial de Lisboa. Os fundamentos de anulação eram a violação do princípio de igualdade das partes, a falta de fundamentação da decisão de facto, o excesso de pronúncia, a violação da convenção de arbitragem e a incompetência do Tribunal por caducidade.

A acção foi julgada improcedente no saneador-sentença.

A Relação confirmou a decisão de primeira instância.

³⁵ É discutido na doutrina se, em caso de procedência da acção de anulação, as partes têm de constituir um novo tribunal arbitral para apreciar o litígio, não caducando a convenção de arbitragem, ou se ficam livres para recorrer aos tribunais estaduais para aí formularem as respectivas pretensões. O Acórdão em análise optou pela segunda alternativa, que é sustentada entre nós por PAULA COSTA E SILVA, in "Anulação e Recursos da Decisão Arbitral", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52 (1992), III, págs. 963-964. A primeira alternativa – que nos parece a mais conforme com o sistema de impugnação – aponta para que a convenção não caduca e tem de se instituir novo tribunal arbitral para o efeito. É sustentado esta posição por LUIS LIMA PINHEIRO, in "Recurso e Anulação da Decisão Arbitral: admissibilidade, fundamentos e consequências", in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2008, pág. 190, citando o art. 4.º da LAV. Ver ainda Mariana França Gouveia, *Curso cit.*, págs. 193-195.

³⁶ In *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 447, pág. 456. Note-se que o Acórdão procurou contabilizar a solução por si sustentada com esta decisão do Supremo, visto nesta ter havido absolvição integral do pedido quanto à ré na acção arbitral, só havendo, por isso, o valor do processo arbitral a considerar.

³⁷ Proc. n.º 5720/09. ITVLSB.L1.1, in www.dgsi.pt/itrl.

Relativamente à rejeição dos depoimentos de parte requeridos por uma parte no Tribunal Arbitral (embora um dos depoentes acabasse por ser ouvido pelo Tribunal Arbitral), a Relação lembrou que as questões de mérito não podia ser conhecidas neste recurso por as partes terem renunciado aos recursos, ao adoptarem como regras de processo as constantes do Regulamento de 1987 da Associação Comercial de Lisboa. O Tribunal da Relação questionou-se sobre se teria havido violação do princípio da igualdade das partes em virtude da recorrida ter tido a oportunidade de ouvir um seu administrador como testemunha e respondeu deste modo:

"Importa, porém, lembrar que a violação do princípio da absoluta igualdade de tratamento das partes só é causa de anulação da sentença arbitral se tiver tido influência decisiva na resolução do litígio [...]"

Portanto, só quanto aos quesitos 23, 26, 61, 63, 90 e 133 se mostrou violado o princípio de absoluta igualdade do tratamento das partes tendo em conta que foi sobre os mesmos inquirido J... e não foi admitido a depor B [...]"

[Depois de analisar uma por uma as respostas dadas a estes quesitos, o Tribunal concluiu]... que, contrariamente ao que sustentam os recorrentes nas conclusões U) a EE), as respostas aos quesitos 20, 21, 23 a 30, 33 a 36, 79 a 84, 93 e 94 não tiveram influência decisiva na resolução do litígio [...]"

[Depois de abordar a qualificação do contrato-promessa de compra e venda de acções, considerando que o acordo não se esgotava nesta qualificação, tendo cláusulas que revelavam a celebração de um acordo parassocial e um acordo de antecipação imediata de uma parte dos efeitos de qualidade futura de sócio, concluiu que o Tribunal:]... Ora, os recorrentes não indicam que outra qualificação jurídica poderia ter merecido ao Tribunal Arbitral o acordo das partes intitulado «Contrato-promessa de compra e venda de acções», caso tivessem sido prestados os depoimentos de parte de B e D como requerido.

*Portanto, não se mostra que a violação do princípio da absoluta igualdade de tratamento das partes – violação essa que apenas se reconhece na produção de prova aos quesitos a que foi ouvido J.L. e foi indeferido o depoimento de B, sendo certo que D apenas foi indicado ao quesito 376.º e J.L. não foi sequer ouvido a essa matéria, tenha tido influência e muito menos influência decisiva na resolução do litígio no que se refere à qualificação jurídica do contrato"*³⁸

³⁸ Sobre a alínea c) do n.º 1 do art. 27.º da LAV aqui aplicado veja-se Mariana França Gouveia, *Curso cit.*, pág. 189. O Acórdão analisa ainda outras alegações de que a apontada

O Tribunal Arbitral conheceu da alegada falta de fundamentação da decisão de facto, escrevendo:

"Assim, embora se reconheça que a decisão sobre a matéria de facto proferida pelo Tribunal Arbitral não contém uma análise crítica das provas nem fundamentação para as respostas a diversos quesitos, tais omissões ou deficiências não são causa de anulação da decisão arbitral.

*Aliás, mesmo no âmbito do Código de Processo Civil a falta de fundamentação da decisão sobre a matéria de facto não é causa de nulidade da sentença como decorre do disposto nos seus arts. 668.º e 712.º, n.º 5, podendo apenas ser determinado, a requerimento das partes, que o tribunal de 1.ª instância a fundamente".*³⁹

O Tribunal da Relação de Lisboa considerou ainda improcedente a alegação de que havia falta de fundamentação quanto às razões de facto ou de direito que levaram o Tribunal Arbitral a qualificar o negócio como uma transacção comercial para condenar em juros ao abrigo do art. 102.º, §3.º, do Código Comercial, na medida em que na decisão arbitral se justifica a aplicação deste preceito por o credor ser uma sociedade comercial, portanto, "uma empresa comercial"⁴⁰

E rejeitou igualmente o fundamento de violação de convenção de arbitragem por os árbitros alegadamente terem decidido em termos de equidade, não aplicando o direito estrito, demonstrando, através da transcrição de partes da fundamentação da sentença arbitral, que a decisão se limitara aplicar os regimes legais, não podendo o Tribunal da Relação entrar na apreciação do mérito da causa.

Este Acórdão é muito longo e detalhado, analisando detidamente a argumentação da recorrente e decidindo em termos convincentes as questões postas, as quais, pela sua complexidade, não podem ser anali-

violação do princípio de igualdade teria tido influência decisiva no resultado da acção, demonstrando pela análise da sentença arbitral que tais alegações não eram correctas.

³⁹ A transposição desta regra do processo civil para o processo arbitral esbarra na circunstância de o tribunal arbitral estar extinto, após o momento previsto no art. 25.º da LAV. Veja-se, no entanto, o Acórdão da Relação do Porto de 11 de Novembro de 2003 (Proc. n.º 0324.387) referido por MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso cit.*, págs. 194-195.

⁴⁰ Sobre a falta de fundamentação das decisões arbitrais remete-se para a nossa Crónica publicada no ano de 2010 desta *Revista*, págs. 288-289.

sadas neste comentário, não se dispondo de elementos documentais para tal análise.

Fica a convicção de que o autor da acção de anulação procurou utilizar uma pluralidade de fundamentos, acabando por se voltar contra si a utilização de argumentos menos convincentes. Essa é, porém, uma questão de estratégia processual que não temos legitimidade para analisar.

E) Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

25. O Acórdão da Relação de Lisboa de 30 de Junho de 2011 (relator-Desemb. ABRANTES GERALDES)⁴¹ apreciou um recurso interposto no apenso de prestação de caução, em processo especial de revisão de sentença arbitral estrangeira, da decisão que considerara extemporânea a dedução do incidente de prestação de caução, por ter considerado que a prestação espontânea de caução devia ter sido requerida na resposta da Requerente à oposição do Requerido ao pedido de reconhecimento da sentença arbitral.

O requerente pretendia obter o reconhecimento da sentença arbitral proferida no Brasil para propor futura execução contra o requerido. O requerido opusera-se, invocando, além do mais, a pendência de uma acção de anulação da sentença arbitral no Brasil. O tribunal português de primeira instância suspendera a instância no processo de reconhecimento até que fosse definitivamente decidida no Brasil a acção de anulação.

Portugal e o Brasil são partes da Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, razão por que o processo de reconhecimento deve observar o disposto nesse tratado internacional (cfr. art. 1094.º, n.º 1, do CPC).

O art. VI da Convenção de Nova Iorque dispõe o seguinte:

"Se a anulação ou a suspensão for requerida à autoridade prevista no artigo V, n.º 1, alínea e) [autoridade competente do país em que, ou segundo a lei do qual, a sentença arbitral foi proferida], a autoridade perante a qual a sentença foi invocada poderá, se o considerar adequado, diferir o momento da sua decisão relativa à execução da sentença; poderá

⁴¹ Proc. n.º 2004.08.6TVLSB-A, in www.dgsi.pt/jv1.

igualmente, a requerimento da parte que solicitar a execução da sentença, exigir da outra parte a prestação de garantias adequadas."

Como decorre da leitura deste artigo, o mesmo complementa o art. V, n.º 1, alínea e), da Convenção e visa evitar que o fundamento neste previsto careça de eficácia quando esteja pendente uma impugnação destinada a anular ou a suspender a sentença arbitral no país da sede da arbitragem, no momento em que é pedido o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira. O preceito confere amplos poderes discricionários ao juiz do processo de reconhecimento e/ou execução para deferir ou indeferir um pedido de suspensão da instância feito pelo requerido. Como notam J-F POUDRET e S. BESSON, "a suspensão [adiamento do reconhecimento] pode ser determinada por duas autoridades diferentes em dois casos diferentes que não devem ser confundidos. Em primeiro lugar, pelo juiz da sede da arbitragem, o que permite ao requerido opor-se ao reconhecimento e execução invocando o art. VI/1e [da Convenção]. Em segundo lugar, pelo juiz do reconhecimento [«enforcement»] nos termos do art. VI quando está pendente no estado da sede uma impugnação ou um pedido de suspensão"⁴².

No caso apreciado pela Relação de Lisboa só estava em causa a oportunidade de dedução do pedido de prestação de caução pelo requerente, para evitar ou pôr termo à suspensão do processo de reconhecimento.

O Acórdão em apreciação fundamentou a decisão de procedência do recurso nos seguintes termos:

"A prestação de caução incidental pode ser apreciada na ocasião em que é apreciada a suspensão da instância da acção de reconhecimento [...] Contudo, o texto da C.N.I. [Convenção de Nova Iorque] não determina necessariamente a apreciação conjunta de ambas as questões, tanto mais que a necessidade de prestação de caução pode decorrer de circunstâncias posteriores, surgindo como reacção do Autor para atenuar os riscos decorrentes da suspensão da instância [...]

Aliás, nem [a] C.N.I., nem a lei interna estabelece também qualquer limite processual para que seja suscitada a questão da suspensão de ins-

⁴² *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed., Londres, Thomson/Sweet & Maxwell, 2007, págs. 873.

*tância, podendo sê-lo até que se tome uma decisão a respeito da validade do laudo no país a quo [...], o que torna natural a admissibilidade da exigência de prestação de caução até esse momento" (o texto transcrito provém da obra de ANDRÉ ABBUD, *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, ed. Atlas, pág. 190)*

O Acórdão refere que nenhuma norma nacional exige que o incidente de prestação de caução deva ser deduzida como resposta do requerente, nomeadamente o art. 1098.º do CPC, e traz à colação normas do CPC que prevêm situações idênticas (arts. 47.º, 693.º, n.º 2, 387.º, n.º 3, este último extensível ao arresto, por força do art. 392.º, n.º 2, do CPC).

Conclui, por isso, que:

"Neste contexto, a rejeição do incidente de prestação de caução com base num facto preclusivo não encontra base legal ou justificação racional, e corresponderia, na prática, a um efectivo obstáculo ao exercício do direito emergente da sentença arbitral «estrangeira» [...], já que, deste modo, a Autora ficaria numa posição sensivelmente mais difícil do que aquela em que estaria se acaso pretendesse executar uma sentença arbitral «nacional»"⁴³

Trata-se de uma decisão muito clara e bem fundamentada que merece a nossa integral concordância⁴⁴.

⁴³ O Acórdão põe ainda em destaque que a questão do diferimento da decisão no processo de reconhecimento havia sido suscitada pelo requerido a título subsidiário, tendo a decisão do tribunal recorrido de suspensão da instância assentado "em parâmetros processuais cuja existência não é revelada pelo direito positivo, nem encontra motivação clara na defesa deduzida pelo Réu".

⁴⁴ O Acórdão da Relação de Coimbra de 19 de Janeiro de 2010 (relator- Desemb. Artur Dias; Proc. n.º 70/09.6TBCBR.C1, in www.dgsi.pt/jtrc) conheceu de recurso interposto de decisão da 1.ª instância que reconheceu uma sentença arbitral estrangeira, confirmando que o tribunal competente para as acções deste tipo é o de primeira instância. Como se sabe, tal competência tem dito repetidamente afirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça, desde o Acórdão de 22 de Abril de 2004 (relator-Cons. Ferreira Girão, Proc. n.º 04B705, in www.dgsi.pt/jsj), com críticas da doutrina, sobretudo de Sampaio Caramelo em anotação a esse Acórdão ("Questões de Arbitragem Comercial – II, Anotação ao Acórdão do STJ, de 22 de Abril de 2004", in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XLVI, n.ºs 2, 3 e 4, 2005, págs. 361 e segs.) A futura LAV, cuja preparação se acha em curso, atribui competência às Relações para este processos.

26. O Acórdão da Relação de Lisboa de 8 de Junho de 2010 (relatora-Desemb.^a DINA MONTEIRO)⁽⁴⁵⁾ decidiu que uma sentença ou decisão arbitral estrangeira não é automaticamente executível no território nacional português, não sendo, por isso, título executível, sem que seja previamente sujeito ao processo de revisão e confirmação pelo tribunal competente, não obstante estar em vigor a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

O principal interesse desta decisão é que se situa na linha do entendimento tradicional, desconsiderando a tese oposta que foi acolhida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Março de 2009 (relator-Cons. SILVA SALAZAR, Proc. n.º 299/09)⁽⁴⁶⁾.

Neste Acórdão, considera-se que dos arts. I, n.º 1, e III da Convenção de Nova Iorque se pode retirar a conclusão oposta à sustentada pelo recorrente no processo em que o acórdão foi proferido:

“Com efeito, conforme podemos constatar das disposições acima transcritas, são realidades distintas a competência do tribunal para executar este tipo de decisões e a necessidade, ou não, de, previamente, as rever e confirmar, necessidade esta última que é apontada pela própria Convenção quando ali se refere «ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais» e ao «reconhecimento ou execução de sentença arbitrais».

E a tal afirmação não pode ser oposto o facto de as sentenças arbitrais nacionais não necessitarem de reconhecimento prévio, uma vez que têm a mesma eficácia das sentenças proferidas pelos tribunais judiciais.”⁽⁴⁷⁾

Parece-nos que esta é a solução no ordenamento português, devidamente interpretado o art. III da Convenção de Nova Iorque, à luz dos seus trabalhos preparatórios, embora nos pareça que a letra deste artigo não confirma só por si a tese acolhida neste Acórdão.

⁴⁵ Proc. n.º 243/10.9.YRLSB-7.

⁴⁶ Publicado nesta *Revista*, ano de 2010, págs. 145 e segs., com anotação desfavorável de José Miguel Jádice e António Pedro Monteiro.

⁴⁷ Citam-se em abono deste entendimento Luís de Lima Pinheiro, *A Arbitragem Transnacional* cit., págs. 297-299, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva. Depois da Reforma da Reforma*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009, págs. 48-49, e FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Curso de Processo de Execução* 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, pág. 35. Ver ainda PAULA COSTA E SILVA, “A Execução em Portugal de Decisões Arbitrais Nacionais e Estrangeiras”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem Comercial* cit., pág. 151.

F) Execução de sentenças arbitrais nacionais

27. No Acórdão da Relação de Lisboa de 22 de Fevereiro de 2011 (Relatora-Desemb.^a MARIA DO ROSÁRIO MORGADO)⁽⁴⁸⁾ decidiu-se que, em caso de condenação genérica proferida por tribunal arbitral, a liquidação deverá ter lugar no âmbito do processo executivo, em artigos de liquidação constantes do requerimento executivo (art. 805.º, n.º, do CPC).

Esta decisão foi proferida em recurso interposto de despacho do tribunal de 1.ª instância que rejeitou parcial e liminarmente a execução quanto ao montante ilíquido da condenação com o fundamento de que a liquidação deveria ter sido deduzida perante o respectivo tribunal arbitral, em incidente de liquidação.

Nesta decisão escreve-se o seguinte:

“Face à anterior redacção do n.º 4 do art. 805.º do CPC (introduzido pelo DL n.º 38/2003, de 8 de Março, e que é aplicável ao caso atente a data de instauração da presente acção) colocava-se a questão de saber qual o meio processual para operar a competente liquidação.

Actualmente, porém, aquele normativo (na redacção introduzida pelo Dec.-Lei n.º 226/2008, de 20-11) veio resolver as dúvidas que o preceito suscitava ao estabelecer que «não sendo o título executivo uma sentença judicial», a liquidação que não depende de simples cálculo aritmético é feita no requerimento executivo. Ou seja, o legislador restringiu o âmbito da norma no sentido de compreender apenas as sentenças proferidas em processo civil declarativo.”

A afirmação de restrição do âmbito é discutível, pois pode sustentar-se que o legislador fez uma interpretação autêntica sobre o sentido do n.º 4 do art. 805.º do CPC.

A Relação entendeu que, antes da alteração de 2008 (Reforma da Reforma da Acção Executiva), a melhor doutrina ia nesse sentido, citando o artigo de LEBRE DE FREITAS publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, ano (2006) I, págs. 119-130⁽⁴⁹⁾, afirmando aderir “*sem reservas*”

⁴⁸ Proc. n.º 20853/08.3YYLSB-C.L1-7, in www.dgsi.pt/jtrl.

⁴⁹ “Competência do Tribunal de Execução para a Liquidação da Obrigação no caso de Sentença Genérica Arbitral”, o estudo acha-se também publicado em *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, II, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009, págs. 635 e

a esta posição. Revogou, por isso, a decisão recorrida, ordenando que fosse liminarmente admitido «in toto» o requerimento executivo.

A decisão é inteiramente correcta e tende a aplicar a boa doutrina antes ainda da alteração de 2008 do n.º 4 do art. 805.º CPC⁽⁵⁰⁾.

III. Conclusão

A riqueza de matérias abordadas na jurisprudência que seleccionámos no período do último ano e meio mostra que tem vindo a aumentar gradualmente o recurso à arbitragem voluntária, em regra com base em cláusulas compromissórias constantes de contratos celebrados nos últimos anos.

De um modo geral, mereceram a nossa concordância as soluções a que os nossos Tribunais Superiores chegaram, em alguns casos revelando um estudo aprofundado da doutrina e jurisprudência nacionais que se debruçam sobre este domínio da arbitragem voluntária.

À semelhança do que ocorre em países em que as sentenças arbitrais são mais frequentes, as decisões dos tribunais estaduais são proferidas ou em processos em que o demandado suscita a questão da violação de convenção de arbitragem, ou em recursos ou acções de anulação em que o vencido procura eliminar a sentença arbitral que lhe foi desfavorável.

Embora tenhamos notícia de que há muitas sentenças arbitrais que são voluntariamente acatadas, uma boa percentagem dessas sentenças são objecto de tentativa de revogação de anulação. Como decorre da análise feita, os Tribunais Superiores portuguesas revelam uma grande atenção na distinção entre o "trigo e o joio", atalhando, de um modo geral, com êxito a tais tentativas desesperadas.

Nas acções de anulação, é muito frequente a absolvição do pedido ocorrer logo no saneador, por ser manifestamente infundado o pedido

segs. Ver ainda Paula Costa e Silva, "A Execução em Portugal de Decisões Arbitrais..." cit., Ob. cit., págs. 156-159.

⁵⁰ Sobre esta problemática veja-se, por último, Luís M. Cortes Martins, "Decisão Arbitral: Questões suscitadas pela Condenação em Pedido Genérico", in III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial) – Intervenções, Coimbra, Almedina, 2010, págs. 121 e segs.

anulatório. Mas seguem-se os recursos admitidos por lei, procurando o vencido conseguir na Relação ou no Supremo a compreensão da bondade da tese por si defendida.

Como notámos em crónicas anteriores, existe nos nossos Tribunais Superiores uma cultura "amiga" da arbitragem. Esperemos que a previsível publicação ainda este ano de uma nova Lei de Arbitragem Voluntária permita uma racionalização dos meios impugnatórios, quer através da eliminação do recurso como forma de impugnação normal, quer através da atribuição de competência às Relações para conhecerem, em primeira instância, da anulação das sentenças arbitrais.

Santiago Álvarez González

*Professor Catedrático da Universidade
de Santiago de Compostela*

**Recensão *Liber amicorum* Bernardo Cremades
(M.A. Fernández Ballesteros y D. Arias, eds.),
Madrid, La Ley, 2010.**

Sin lugar a dudas, Bernardo Cremades es el profesional jurídico español más reconocido en el ámbito internacional del arbitraje. Ha sido y sigue siendo el gran maestro del arbitraje en España, pero su brillante trayectoria profesional resulta admirada mucho más allá de nuestras fronteras, convirtiéndolo en el mejor de nuestro embajadores (como muestra, véase la propia contribución en este volumen de Gonzalo Biggs: "Bernardo Cremades Contributio to the Development of Arbitration Law in Latin America"). Por esta razón, el Club Español del Arbitraje ha decidido realizar un testimonio a su dilatada trayectoria mediante la publicación de este libro homenaje que recoge las aportaciones de más de setenta expertos en la materia. Prestigiosos especialistas de todo el mundo han rendido un merecido tributo con reflexiones estudios, principalmente en inglés, que abarcan todos los registros el arbitraje.

Una mera relación, no exhaustiva, de los principales temas abordados persuade del valor específico del volumen, que tiene la rara virtud de trascender de una mera recopilación de estudios para convertirse en un auténtico vademécum, esto es, en un tratado que contiene las nociones más importantes de una materia, en nuestro caso el arbitraje internacional en sus distintas dimensiones. Un vademécum marcado, además, por la actualidad de las cuestiones acometidas: las fuentes internacionales del arbitraje; el papel de la mediación y las negociaciones entre las partes; el Derecho arbitral comparado, que nos llevan a aspectos del arbitraje en países como Argentina, México, Brasil, Italia, Francia, Líbano, Siria o el mundo islámico...; el arbitraje institucional y en el marco de organizaciones internacionales; la eficacia del convenio arbitral; el nombramiento

y función del árbitro (cuestiones deontológicas y éticas, independencia e imparcialidad); la arbitrabilidad de la controversia; la competencia de los árbitros; el procedimiento arbitral (derechos de defensa, reconvencción, litispendencia, intervención de peritos y *Amicus curiae*, papel de los abogados, producción de pruebas, deliberaciones de los árbitros); las relaciones entre arbitraje y jurisdicción (medidas provisionales, *bills of lading* y *antisuit injunctions*); el Derecho aplicable al fondo de la controversia; la anulación y revisión del laudo; la inmunidad de ejecución; el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral; elementos esenciales del arbitraje de inversiones (concepto de inversión, concepto de "nacionalidad", determinación de la competencia del Tribunal arbitral, papel del CIADI, alcance de la cláusula de nación más favorecida, la incidencia de la crisis financiera, la actitud en América Latina, los nuevos tratados bilaterales, el papel de las cláusulas paraguas)...

Es evidente que tantas contribuciones confieren un cierto grado de heterogeneidad a los contenidos de la obra, por más que los participantes sean especialistas de reconocido prestigio en este sector y algunos pertenecientes a la elite internacional del arbitraje. No obstante, al margen de ciertos trabajos de carácter meramente descriptivo, encontraremos importantes aportaciones y cultivados estudios de obligada lectura y motivadores de una profunda reflexión para el lector atento, siempre con un denominador común que se impone a lo largo del millar largo de páginas de esta obra homenaje: su decida vocación por la práctica arbitral, desde la creencia cierta de sus bondades frente a otros procedimientos, jurisdiccionales o no, de arreglo de controversias. La propia complejidad del arbitraje se proyecta a la hora de clasificar las diversas contribuciones que figuran en esta obra homenaje.

2. Resulta inexcusable comenzar con la referencia al ameno y enjundioso ensayo de Yves Derains donde, a propósito de recordar su amistad con el homenajeado en la actividad arbitral, vierte unas reflexiones sobre la realidad o el espejismo de lo que denomina "turismo arbitral" (pp. 327-334).

También desde una experiencia arbitral sólidamente implantada Habib Malouche realiza unas interesantes consideraciones sobre las tendencias y la evolución del arbitraje con una exposición detallada de las princi-

pales preocupaciones de los árbitros en la hora actual (pp. 771-788), al tiempo que Mauro Rubino Sammartano ofrece razones categóricas sobre la utilidad del arbitraje siempre que sea un procedimiento mejor que el desarrollado ante los tribunales de justicia (pp. 1047-1050). Y dentro de este discurso general destaca la relación que muestran Jesús Remón Peñalver y Virginia Allan entre la sociedad civil internacional y el arbitraje internacional con referencias a la globalización y a la conjunción entre lo público y lo privado (pp. 1013-1024). El papel y las funciones de los árbitros en el arbitraje internacional cuenta con unas sagaces reflexiones de David J.A. Cairns (pp. 291-307) y el espinoso tema de los costes del arbitraje es abordado por John Y. Gotanda, centrándose en los casos del CIADI (pp. 539-557), en tanto que Ramón Mullerat incorpora un elenco de ventajas e inconvenientes del arbitraje institucional (pp. 867-872). Por último, el libro incluye unas breves meditaciones de Horacio Grigera Naón sobre la existencia de una cultura arbitral universalmente asumida (pp. 557-560).

3. Sin duda uno de los temas más discurrecidos en el libro atañe a la ética arbitral y al respeto por los árbitros de los principios de imparcialidad y de independencia. En el primer caso, el libro recoge una exposición general sobre la ética en el arbitraje de Fernando Estavillo-Castro (pp.387-411) y un exhaustivo estudio con ricas aportaciones de la práctica, que conducen a una construcción dogmática de consulta obligada, a cargo de José Carlos Fernández Rozas (413-449). Con carácter más específico, Jesús Almuquera proyecta esta cuestión sobre la dualidad arbitraje y mediación (pp. 101-130); mientras que Antonio Crivellaro se cuestiona la incidencia del deber declaración en la anulación del laudo arbitral sobre todo a partir de los resultados de la jurisprudencia francesa, muy polémica en los últimos tiempos (pp. 309-326). Pero las cuestiones de ética arbitral no finalizan con las cuestiones apuntadas, extendiéndose a la protección de la información electrónica en arbitraje internacional que es descrita por Martin Hunter y Gregory Travaini (pp. 615-625).

Y no finalizan, porque otro de los temas recurrentes es el relativo los peligros actuales que afectan al arbitraje, tales como el fraude y la corrupción.

Mohamed Abdel Raouf se cuestiona abiertamente cómo deben resolver el problema los árbitros (pp. 1-16) y Carolyn B. Lamm, Hanser T. Pham y Rahim Moloo parten de la práctica en la materia, esencialmente la derivada de los arbitrajes administrados por la CCI, para apuntar el ámbito del orden público transnacional (pp. 699-731).

4. Las cuestiones vinculadas al convenio arbitral cuentan con una exposición de la práctica reciente en torno a los efectos de la extensión a los no signatarios del acuerdo arbitral a cargo de Elena Gutiérrez García de Cortázar (pp. 561-571) y con un estudio de Alberto Fortún en torno a la distinción entre la compensación y reconvencción en el arbitraje internacional y a la dependencia de la primera respecto al acuerdo de arbitraje (pp. 451-469). En este contexto, mientras que Álvaro López de Argumedo Piñeiro apunta cómo cada vez más frecuente que las partes convengan incluir una cláusula de arbitraje en un contrato, estableciendo una obligación de negociar antes de comenzar los procesos, dedicando su estudio al alcance de las multi-step alternative dispute resolution clauses (pp. 733-745), Klaus Sachs realiza un repaso de los acuerdos de arbitraje que incorporan las denominadas cláusulas Material Adverse Change (pp. 1051-1060).

El alcance de la arbitrabilidad no podía quedar soslayada y la obra acoge aportaciones apreciables, como la de Luigi Biamonti, enfrentado a esta materia en el sistema italiano y a la incidencia de la normativa de competencia de la UE en materia de propiedad intelectual, con los asuntos Eco-Swiss y Mitsubishi gravitando sobre la exposición (pp. 189-210); por su parte, Matthieu de Boissésón dedica unas lúcidas reflexiones sobre arbitrabilidad y Derecho de la competencia (pp. 243-252).

Por último, las relaciones entre jueces y árbitros encuadran un estudio de Fernando Pombo sobre arbitraje y anti-suit injunctions a partir de los asuntos Turner y West Tankers fallados por el TJCE (pp. 975-991). Asimismo, cuentan con una nota de Luis San Simón sobre la validez de las cláusulas de Bills of Lading's Jurisdiction y de las anti-suit injunctions (pp. 335-349), y con una reflexión de Julio González Soria en contra de los recursos infundados contra el laudo arbitral (pp. 511-519).

5. También son numerosas las aportaciones en torno al procedimiento arbitral.

Antonio Albanés Membrillo estudia tanto los aspectos instrumentales del derecho de defensa como sus aspectos esenciales a partir de lo dispuesto en el art. 24 LA/2003 (pp. 35-48) y Miguel Temboury Rendón muestra cómo las decisiones preliminares, de la litispendencia y de la cosa juzgada son cada vez más utilizadas como táctica seguida por las partes en el procedimiento arbitral (pp. 1131-1145). El régimen de la prueba cuenta una nota de O.L.O. de Witt Wijnen que da noticia sobre las IBA Rules of Evidence (pp. 351-359), cuestión que es desarrollada por Edoardo F. Ricci a partir de un análisis de lo dispuesto en los reglamentos de arbitraje más relevantes en torno a la práctica de la prueba (pp. 1025-1031); siempre dentro de este mismo tópico, Charles Kaplan añade unas perspicaces reflexiones sobre la aplicación de las normas por el árbitro internacional dentro del cumplimiento de la intención de las partes (pp. 671-678). No podría faltar en una obra como la presente la contraposición entre el sistema continental europeo y el practicado en el common law y de ello se ocupan dos colaboraciones de relieve.

De un lado, la de Hans Van Houtte a propósito de la producción de documentos donde el discovery y la atribución, inspirada en la práctica seguida ante los tribunales norteamericanos del Document Production Master (DPM), a un tercero imparcial e independiente adquieren una relevancia especial (pp. 1147-1159); y, de otro lado, la de Fabian Von Schlabrendorff en torno al ámbito de la preparación de los testigos para su declaración en los arbitrajes internacionales y su repercusión en los distintos sistemas nacionales (pp. 1161-1182).

Las bondades del empleo del procedimiento arbitral en la consecución de un arreglo adecuado es expuesto a partir de la práctica en unas valiosas reflexiones de Ugo Draetta (pp. 361-374). Pero en libro destapa en este sector viejos fantasmas procedimentales como hace Teresa Giovannini, al insistir en un viejo problema que hoy día ha adquirido una nueva dimensión: el ámbito del principio iura novit curia en el arbitraje internacional (pp. 495-50), o Francisco González de Cossio, al reflexionar en torno a la ironía del postulado de competencia-competencia (pp. 521-517). Por último, la compleja fase de deliberación de los árbitros y de redacción del laudo es considerada por José María Alonso (pp. 131-158).

6. Como no podría ser de otro modo, el arbitraje de inversiones es objeto de un tratamiento exhaustivo desde distintas dimensiones. Con un sólido contenido, Andres F. Lowenfeld ilustra la consideración, desde el antiguo régimen al actual, del ámbito de las medidas de retorsión y de la protección diplomática en los arbitrajes entre Estados e inversores extranjeros (pp. 747- 758). Y esta solidez caracteriza también el estudio de Andrés Rigo Suredo sobre la relación entre inversión y desarrollo económico a partir de la labor desarrollada por el Banco Mundial (pp. 1033-1046). Desde una perspectiva general, la crisis financiera de 2008 no podía quedar arrumbada en un momento como el presente, encargándose Norbert Hom de acometerla en relación con la inexorable intervención del Estado en la misma y el arbitraje de inversiones (pp. 599-613); respecto al los contenciosos concursales, con los art. 52 y 53 de la Ley concursal española como referente, se incluye un trabajado estudio de Juan Carlos Jiménez-Mancha (pp. 645-669).

El régimen de los tratados de inversión ocupa también un lugar destacado como destacado es el estudio, que sin duda resultará de obligada consulta por los especialistas, de Michael D. Nolan y Frédéric G. Sourgens sobre los límites del consentimiento en el Derecho de los tratados y su proyección a los recientes movimientos de denuncia por parte de ciertos Estados no sólo de los APPRIs, sino del propio Tratado CIADI (pp. 873-911), siendo su balance y sus perspectivas para el siglo XXI estudiado por Anthur Marriot (pp. 807- 818). Evidentemente, la relación entre tratados y forum shopping es una cuestión muy debatida en los últimos tiempos en el ámbito de las controversias sobre inversiones internacionales y a ella se refiere el completo estudio de Eduarzo Zuleta, Andrea Saldarriaga y Ana Vohryzek-Griest en un afán de suministrar al lector una visión general de elementos jurisdiccionales en curso dentro de la teatry planing (pp. 1207-1256). Siempre en el contexto de los APPRIs, Christer Söderlund se fija en el alcance de la cláusula de la nación más favorecida que figura en los mismos (pp. 1121-1130) y Robert Hunter se adentra en la noción de inversión para apuntar el contexto histórico en que se introdujeron las cláusulas de aprobación en estos instrumentos, revisando ciertas cuestiones que han surgido en su puesta en práctica (pp. 627- 644).

Pero este sector incluye importantes tratamientos particulares. Piero Bernardini se plantea la conveniencia o inconveniencia del arbitraje ante el CIADI apuntando soluciones para superar los problemas del modelo (pp. 159-188); Stanimir A. Alexandrov y Marinn Carlson estudian una nueva dimensión del procedimiento en este sector en torno a la posibilidad de ser escuchado y el encaje de la participación de los amicus curiae (pp. 49-64); Elina Mereminskaya y Aldo Mascareño, ante la emergente fragmentación y colisión de reglamentaciones arbitrales, se internan en la "cláusula paraguas" como mecanismo, de carácter sustantivo y procesal de una necesaria coordinación de los distintos sistemas en presencia (pp. 819-841); Christoph Schreurer se centra en el estudio del art. 41 Tratado CIADI y de sus problemas (pp. 1081-1097); Alexis Mourre y Alexandre Vagenheim a partir de los asuntos Loewen y Saipem vuelven sobre un viejo tema sobre el cual faltaba desarrollo teórico y práctico: el alcance del principio de la denegación de justicia en el Derecho internacional público y en el Derecho internacional privado (843-866); y precisamente esta última decisión hace que Luca G. de Radicati di Brozolo y Loretta Malintoppi se interroguen acerca de la negativa interferencia de los tribunales de la sede en el arbitraje internacional (pp. 993-1012). Desde otro ángulo, Richard Kreindler ofrece un completo panorama de la práctica en relación con las cuestiones derivadas de la revisión de los laudos a partir del art. 5.º.L.º de la Convención del CIADI (pp. 679-697).

Desde la óptica regional Fernando Mantilla Serrano se plantea de nuevo, a partir de los datos actuales, si existe o no hostilidad hacia el arbitraje de inversión en América latina (pp. 789-806). La perspectiva estatal en orden al acceso del Estado y de las Administraciones públicas al arbitraje es abordada por Ghaleb S. Mahmassani con referencia al Derecho libanés (pp. 759-769).

7. Los desarrollos regionales y nacionales también ocupan una considerable extensión en la presente obra homenaje destacando, como es lógico por lo que se ha apuntado al principio, la perspectiva latinoamericana en la que es obligado volver a referirse al minucioso estudio de Gonzalo Biggs en torno a la contribución del homenajeado al desarrollo del arbitraje en el subhemisferio (pp. 211- 241). Resulta verdaderamente impresionante la demostración de las distintas facetas del arbitraje en

las que ha trabajado con rigor y éxito cierto Bernardo Cremades. Un desarrollo caracterizado por los problemas derivados de la "cohabitación" de tratados multilaterales de alcance universal y regional y por la existencia de normas derivadas de procesos de integración como Mercosur es puesto de relieve con toda su complejidad por Adriana Braghetta (pp. 253-272). Junto a ello, encontramos contribuciones sectoriales como la de Fernando Aguilar y Roque J. Caivano sobre el arbitraje de equidad o de amigables componedores en el Derecho argentino (pp. 17-34) o la de María Beatriz Burghetto, acerca de la incidencia de la sede del arbitraje en orden al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (pp. 273-289). Cierra el capítulo latinoamericano una nota de José Luis Siqueiros sobre la actitud del sub-hemisferio hacia la Convención "universal" de exequátur hecha en La Haya en 2000 (pp. 115-1119).¹ Tampoco es de extrañar por la propia trayectoria del homenajeado el amplio tratamiento deparado al arbitraje en el círculo de países islámicos. Encontramos así un interesante estudio de Omar Aljazy sobre la incidencia de las normas incluidas en la Shari'a y los problemas relativos a la arbitrabilidad en este especial círculo jurídico (pp. 65-101) y, desde un punto de vista más particular Jacques El-Hakim da cuenta de la nueva ley de arbitraje en Siria (375-385).

El bloque de estudios sobre los distintos sistemas nacionales está presidido por un estudio de Otto Sandrock en torno al los derechos de acceso de los inversores extranjeros a los mercados españoles a partir de un estudio pormonizado del art. 2.1.º que figura en los APPRI suscritos por España (pp. 1061-1080). En este bloque se insertan también las consideraciones en torno los principios del arbitraje internacional en Francia, a cargo de Carmen Núñez Lagos (pp. 913-923); las ventajas de México como sede para el arbitraje internacional que apuntan Leonel Pereznielo Castro y James A. Graham (pp. 955-963) o el empleo del arbitraje por parte de las Administraciones públicas en España, detallado por Juan Serrada Hierro y Juan Carlos Calvo Corvella (pp. 1099-114). Y en este apartado de sistemas nacionales se cierra con las nuevas tendencias respecto a los acuerdos de inversiones internacionales en Brasil, detalladas por Arnoldo Wald (pp. 1183-1205).

8. La obra no quedaría inconcusa sin la inclusión de cuestiones generales del ordenamiento internacional y su proyección al arbitraje internacional. A ello responde la aportación de Nicolás Gamboa-Morales, donde vuelve a insistir en un tema habitual en él: la interconexión entre soberanía del Estado e Inmunidad (pp. 471-493) y la de Francisco Orrego Vicuña, acerca de la naturaleza evolutiva de las medidas cautelares en el ordenamiento internacional y en el arbitraje de inversiones (pp. 939-954). Y también debe incluirse aquí la especialidad arbitral del Tratado sobre la Carta de la energía (ECT) estudiada por Philippe Pinsolle en lo que atañe a los aspectos relativos a la selección de la nacionalidad (pp. 965-974) y el intento de Kaj Hober de clarificar el art. 22.1.º ECT a partir de los laudos arbitrales que lo han aplicado, entre los que destaca el asunto *Amto / Ukraine* (pp. 573-597). Por último, las posibilidades que ofrece el arbitraje en el marco de la OMC a partir de la escasa práctica existente frente al generalizado mecanismo de solución de controversias son descritas por Luis Olavo Baptista (pp. 925-937).

9. Una obra de la envergadura de la presente sorprende no por los indudables e indiscutibles méritos del homenajeado, sino por ser presentada en un momento en que éste se encuentra en plena madurez y con una actividad vital y profesional envidiables. Pero el Club Español de Arbitraje consideró con buen criterio que debía galardonar a quien tanto ha hecho por el arbitraje en nuestro país y ahora nos encontramos con el resultado. La actividad desbordante de Bernardo Cremades y su prestigio como árbitro independiente ha sido premiada merecidamente en esta etapa de su vida profesional con este impresionante libro que no es otra cosa que testimonio de admiración y de respeto por parte de sus muchos amigos. Otras etapas depararán sin duda otras expresiones similares de afecto.

José Robin de Andrade

Advogado

Presidente da Associação Portuguesa de Arbitragem

Corte Civil y Mercantil de Arbitraje

Em 18 de Março de 2011, foi celebrado no Grémio Literário de Lisboa, o acto de apresentação em Portugal da Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), instituição arbitral com sede em Madrid, muito activa na gestão de arbitragens, quer domésticas quer internacionais.

A CIMA, www.cima-arbitraje.com, centro de arbitragem totalmente independente de qualquer instituição pública ou privada, está interessada em fomentar o fluxo de procedimentos arbitrais entre Portugal e Espanha, nos quais podem estar envolvidas empresas portuguesas e de países de influência portuguesa, bem como empresas de outras nacionalidades que passam ter relações comerciais com Portugal e Espanha.

O acto de apresentação da CIMA contou a presença de reputados árbitros e profissionais da Advocacia portuguesa, peritos em arbitragem.

No referido acto, o Presidente de CIMA, Juan Serrada, enumerou as possibilidades que a CIMA pode oferecer às partes que desejem submeter as suas arbitragens internacionais a um Centro independente e com grande experiência neste tipo de procedimentos e o grande número de sinergias que, no campo da gestão de uma arbitragem, se poderiam produzir com as empresas portuguesas ou que tenham relação com estas.

Posteriormente os Drs. José Miguel Júdice e Manuel Barrocas, expuseram o seu ponto de vista sobre as oportunidades que a CIMA pode oferecer às empresas portuguesas e de influência lusa, explicando a ausência de dificuldades técnicas para que uma arbitragem internacional que implique empresas portuguesas ou relacionadas com este País, possa ser gerida pela CIMA e as vantagens de natureza prática que poderia decorrer da eleição da CIMA como instituição encarregada da arbitragem.

Em seguida, fechou o ciclo de intervenções Francisco Prol, Advogado do Colégio de Madrid e árbitro da CIMA, que comparou os projectos de reforma das respectivas leis arbitrais em Portugal e Espanha, face aos princípios inspiradores da prática arbitral europeia.

Depois, seguiu-se um animado debate em que participaram vários dos participantes.